Die Rechtsstellung des Geschäftsführers ohne Auftrag

(unter besonderer Betonung seiner Ansprüche).

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät

der

FRIEDRICH-ALEXANDERS-UNIVERSITÄT ERLANGEN

vorgelegt von

Wilhelm Bengl
Referendar am Amtsgericht Fürth i. Bay.

Tag der mündlichen Prüfung: 6. Juni 1930

1930

Buchdruckerei und Verlagsanstalt G. Schuhmann
Kulmbach

30:469

Referent: Geheimrat Professor Dr. B. Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern

in

Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung.

Seite

§ 1. Die praktische Bedeutung der Geschäftsführung ohne Auftrag; der bestehende Interessenkonflikt 1
§ 2. Die geschichtliche Entwicklung unseres Instituts 2

Hauptteil: Die Rechtsstellung des Geschäftsführers ohne Auftrag (unter besonderer Betonung der Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag) 5

A. I. Abschnitt: Der Begriff der Geschäftsführung ohne Auftrag 5
I. Seine Voraussetzung:
§ 3. 1) Eine Geschäftsbesorgung 5
§ 4. 2) Eine Geschäftsführung für einen andern 13
§ 5. 3) Fehlen eines Auftrags 29
§ 6. II. Wesen und Rechtsnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag 39

B. II. Abschnitt: Die normale Rechtsstellung des Geschäftsführers ohne Auftrag 44
I. Die einzelnen Ansprüche des auftragslosen Geschäftsführers 44
1) Der Aufwendungsersatzanspruch nach § 683 BGB. . . . 44
§ 7. a) Uebernahme und Ausführung der Geschäftsführung ohne Auftrag 44
§ 8. b) Die Bedeutung des utiliter gerere im römischen und gemeinen Recht 46
§ 9. c) Das Interesseerfordernis des § 683 BGB. 50
§ 10. d) Das Willenserfordernis des § 683 BGB. 58
§ 11. e) Verhältnis dieser beiden Voraussetzungen zueinander . . . 59
§ 12. f) Die irrtümliche Annahme des Vorliegens dieser beiden Erfordernisse 59
§ 13. g) Der Umfang des Aufwendungsersatzanspruches (§ 670 BGB.) 61
§ 14. h) Die Bedeutung des utiliter coeptum 64
§ 15. i) Ersatz für aufgewendete Arbeitskraft 65
§ 16. k) Ersatz für erlittene Schäden 71
§ 17. l) Die Beweislast-Verteilung und Verjährung bei dem Aufwendungsersatzanspruch 77
§ 18. 2) Der Anspruch auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung des Geschäftsherrn nach § 684 Satz 1 BGB. 79
§ 19. II. Die Bedeutung der Genehmigung für die Ansprüche des auftragslosen Geschäftsführers 80
§ 20. III. Die Bedeutung des animus recipiendi und des animus donandi 83
IV. Die einzelnen Verpflichtungen des Geschäftsführers ohne Auftrag 88
§ 21. 1) Die Sorgfaltspflicht und die daraus entstehende Schadensersatzverpflichtung 88
§ 22. 2) Die Anzeige- und Abwarteverpflichtung nach § 681 BGB. und die Verpflichtungen aus § 681 Satz 2 zusammen mit den §§ 666—668 92

C. III. Abschnitt: Ausnahmen von der regelmässigen Rechtsstellung des Geschäftsführers ohne Auftrag 95
§ 23. 1) Infolge des Alters des Geschäftsherrn oder des Geschäftsführers (§ 682 BGB.) 95
§ 24. 2) Bei Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr (§ 680 BGB) 97
§ 25. 3) Bei Erfüllung gewisser, im öffentlichen Interesse liegender Verpflichtungen (§ 679 BGB.) 99
Anhang: § 26. Die sonstige Bedeutung unseres Instituts im privaten und öffentlichen Recht 105
§ 27. Abgrenzung der Geschäftsführung ohne Auftrag von verwandten Rechtsfiguren 109

Die Rechtsstellung des Geschäftsführers ohne Auftrag [unter besonderer Betonung seiner Ansprüche].

Einleitung.

§ 1.

Die Aufgabe des Gesetzgebers bei der Geschäftsführung ohne Auftrag.

Non enim possumus omnia per nos agere; alius in alia re est magis utilis (Cicero pro Sext. Rosc. Am. 38/111.)

Geschäftsführung ohne Auftrag.

Dieses Schlagwort bekommt sofort Leben, wenn wir einige Beispiele aus dem täglichen Leben zur Illustration dieses abstrakten juristischen Begriffes voranschicken. Jemand ist verreist, infolge unvorhergesehener Umstände kann er zur festgesetzten Zeit nicht schon zu Hause sein; während seiner Abwesenheit will sein Mieter seine Mietschuld begleichen, werden Außenstände von Geschäftslieferanten eingefordert, sind Rechnungen zu bezahlen, sind Nachnahmesendungen anzunehmen, bietet sich eine günstige Kaufchance, sind notwendige Reparaturen vorzunehmen usw.; ein Freund handelt für ihn; oder jemand verunglückt in einer fremden Stadt auf offener Straße, ein hilfsbereiter Mensch läßt ihn mit Auto zu sich schaffen, holt den Arzt, kauft Arzneien usw.; oder pflichtvergessene Eltern sorgen nicht für den nötigen Unterhalt ihrer Kinder. Ein Nachbar schafft ihnen Nahrung, Kleidung, Bücher usw. Diese wenigen Beispiele zeigen wohl deutlich, daß es sich hier um Notlagen handelt, die das ganze menschliche Leben durchziehen, in denen ein Unbeteiligter sich fremder Angelegenheiten annimmt. Soll der Gesetzgeber eine solche Einmischung Unberufener in die Interessenssphäre eines anderen dulden oder verbieten, soll er solches

Eingreifen hemmen oder fördern? Ein Interessenskonflikt zwischen zwei Personen — Geschäftsherr oder dominus heißt der, dessen Angelegenheiten geführt werden; Geschäftsführer oder gestor wird genannt, wer dem anderen Hilfe leistet — die beide Rechtsschutz bedürfen, stellt den Gesetzgeber vor eine schwere Aufgabe. Denn der Geschäftsherr wünscht Schutz gegen den unerwünschten erfolglosen schädigenden, wenn auch wohlgemeinten Eingriff und will nicht mit Auslagen belastet werden, die ihm keinen Nutzen bringen; der gestor dagegen will keinen Schadensersatz leisten, wenn er sorgfältig, aber erfolglos, für einen anderen tätig geworden ist und er wird auch in einem solchen Falle Ersatz seiner Auslagen für billig halten. Zu Gunsten des G.F. greift auch noch der Gedanke ein, daß es mehr im Interesse der Allgemeinheit liegt, Menschenhilfe zu unterstützen als von ihr abzuschrecken.[1] Der Gesetzgeber muß hier also eine „soziale Interessenwertung"[2] vornehmen, muß sich entscheiden für das Kollektivinteresse an möglichster Erhaltung aller menschlichen Güter oder für das Individualinteresse an Nichteinmischung dritter Personen.

§ 2.

Die geschichtliche Entwicklung der Geschäftsführung ohne Auftrag.

Dieses kurz skizzierte Problem ist aber nicht erst in der neueren oder neuesten Zeit aufgetaucht, nein, die Wurzeln unseres Instituts reichen schon Jahrtausende weit zurück ins römische Recht. Auch hier spiegelt sich der Interessengegensatz in zwei berühmten einander gerade entgegengesetzten Stellen wieder. So sagt D. 50, 7, 36: culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti[3] und D. 3, 5, 1: hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur vel pignoris distractionem vel poenae committendae actionem vel iniuria rem suam amittant.[4] In

[1] *Heck, S. 356; ferner Kohler, S. 43; er spricht von einer unterstützungs- und förderungswerten Menschenhilfe; vgl. dazu den Gegensatz der Ansichten bei Beratung des BGB.; man sprach von Erfüllung einer ethischen und im volkswirtschaftlichen Sinn gebotenen Pflicht, von einer Gemeinnützigkeit, andererseits von Gemeingefährlichkeit.*

[2] *Schey a. a. O.* S. 5.

[3] *Vgl. dazu A. L. R. §§ 228 und 229.*

[4] *Siehe Schweizer O. R. Art. 419 ff.; Code Civil § 1357, Sächs. BGB. 1345, 1352; Oesterr. BGB. § 1036 und § 1311.*

dem gleichen Digestentitel findet sich nun nach zwei Fragmenten, die den legislatorischen Gedanken der G. o.A. mit besonderer Rücksicht auf die Ansprüche des GF. betonen, in l. 3 das berühmte prätorische Edikt aus Ulpians Ediktenkommentar abgedruckt: si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit: iudicium eo nomine dabo.

Von den vielen Streitfragen, die sich an diese kurze Quellenstelle knüpfen, seien nur zwei gestreift, wobei wir uns im Ergebnis an Wlassak anschließen, dessen Ansicht wohl heute als die herrschende bezeichnet werden kann. Zunächst, was bedeutet das lakonisch kurze: si quis negotia alterius gerit? Wlassak [5] übersetzt negotia gerere nur mit Geschäftsführung; er hält es für ein „wissenschaftliches Vorurteil" in diesen ganz allgemeinen Begriff „ohne Auftrag" hinein zu interpretieren, er beruft sich dabei auf D. 47, 10, 15, 9 und D. 20, 4, 3, 1; nach ihm war der Urfall des Edikts: die gerichtliche Vertretung mit Auftrag. Er führt dazu aus, daß seit der lex Aebutia — wo das Legisaktionenverfahren für die Mehrzahl der Fälle durch den Formularprozeß ersetzt wurde — eine Stellvertretung vor Gericht grundsätzlich nicht mehr unzulässig war; der Prätor, der ja dem Verkehrsbedürfnis am nächsten stand, und überall dort, wo das ius civile in seiner Engherzigkeit offenkundige Unbilligkeiten zur Folge hatte, sich als Rechtsbildner bewährte, habe auch hier die seit der genannten lex geschaffene Gelegenheit wahrgenommen, um den Abwesenden vor den schlimmen Folgen zu bewahren, die ihn bisher, solange keine Vertretung vor Gerichst möglich war, trafen. Erst allmählich wurde dann, infolge des wachsenden Verkehrsbedürfnisses, das Edikt auch auf andere ähnlich gelagerte Fälle ausgedehnt. Neben diesem Entwicklungszug der neg. gest., der vom Speziellen zum Allgemeinen führt, findet aber Wl., indem er neg. gerere ganz allgemein mit „Geschäftsführung" übersetzt, auch einen Zug vom Allgemeinen zum Besonderen. Er stellt nämlich die Behauptung auf, daß ursprünglich unter das Edikt auch das mandatum und die tutela fielen. Er kommt zu dieser Ansicht, weil die Prätoren, die „in wenigen markanten Worten den Rechtsgedanken zum Ausdruck zu bringen gewußt haben, den sie im Sinne hatten und in den sie trotz des Lapidarstiles, dessen sie sich be-

[5] *Wl. a. a. O. 24, 26, 29. Allerdings wurde Wl. scharf bekämpft von einigen, wie z. B. Partsch a. a. O., Karlowa II, 667 ff.; Brinz, S. 633; Krüger, Arch. f. z. Prax. 62, 496 ff.; Hölder: Göttinger Gelehrte-Anzeigen II, S. 913; die Anhänger der herrschenden Lehre siehe bei Windscheid § 430.*

dienten, alle wesentlichen Momente des festzustellenden Rechtsverhältnisses aufzunehmen verstanden" hier sicherlich keine so große Ungenauigkeit begangen haben. Und erst allmählich „sind die individueller gefärbten Fälle der Führung fremder Geschäfte durch Abzweigung von der generellen neg. gest. als selbständige Obligationsfiguren zur Anerkennung gelangt." Mit diesen beiden kurz skizzierten Entwicklungszügen glaubt die heute herrschende Lehre das eigentliche Wesen der Worte „si quis negotia alterius gerit" gefunden zu haben.[6]

Die zweite Streitfrage, die sich an unser Edikt knüpft, lautet: Ist die neg. gest. eine Neuschöpfung des Prätors, gehört sie also dem ius honorarium an, oder hat sie im ius civile ihren Ursprung? Wl. S. 21, der infolge der widersprechenden Quellenstellen (vgl. die bereits zitierten Stellen des genannten Digestentitels III,5 mit Dig. 44, 7, 5, pr.; D. 44, 5, 1, 4; D. 13, 6, 17, 3) zwar zugeben muß, daß eine eindeutige Lösung dieser Widersprüche kaum möglich sein wird, hält für die befriedigendste Lösung folgende: die neg. gest. ist rein prätorischen Ursprungs, sie ist im Laufe der Zeit jedoch Bestandteil des Zivilrechtes geworden, sodaß an die Stelle der anfänglich in factum in einer späteren Periode in ius konzipierte, mit dem Zusatz ex fide bona versehene Klagen getreten sind; er begründet das S. 15/16 a.a.O. damit: der Prätor habe es nie unternommen, neben bereits anerkannten Zivilklagen in einem Edikt noch besondere prätorische, lediglich auf seiner Jurisdiktionsgewalt beruhende Rechtsmittel einzuführen, die den gleichen Gedanken zur Grundlage haben und die denselben Effekt hervorrufen, wie die bereits vorhandenen actiones civiles; der Prätor habe das ius civile ergänzt und modifiziert, niemals aber einfach bestätigt. Es ließe sich auch kein Edikt nachweisen, in dem der Prätor als ausführendes Organ des ius civile erklärte, er werde unter den vom Zivilrichter festgesetzten Voraussetzungen die zuständige actio civilis geben. Vor Wl. standen sich hier, die bereits angedeuteten zwei Ansichten gegenüber Ruhstrat, Arch. f. z. Prax. Bd. 32 glaubt die widersprechenden Stellen dadurch lösen zu können, daß er behauptet, unser Institut gehöre ursprünglich dem Zivilrecht an — unter Ablehnung der Ansicht Chambons, der die neg. gest. ohne jede nähere Begründung für rein prätorischen Ursprungs erklärt — und sei erst durch die ver-

[6] *vgl. aber auch Lenels Edikt (3. Aufl.) S. 101, der hier der Ansicht von Partsch folgt, wonach im Edikt statt „alterius" „absentis" stand.*

mittelnde Tätigkeit des Prätors in das ius honorium aufgenommen worden; aber er begründet das nur damit: es sei auch in der Tat auffallend, wenn die Römer nicht schon in älterer Zeit für den Fall einer unbefugten Vermögensverwaltung dem Geschäftsherrn eine Klage für sein gesamtes Interesse eingeräumt hätten.[7]

Hauptteil.

A. 1. Abschnitt: Der Begriff der Geschäftsführung ohne Auftrag.

I. Seine drei Voraussetzungen.

§ 3.

1. Es muß eine Geschäftsbesorgung vorliegen.

Wir finden die nötigen Begriffsmerkmale des Begriffs der Geschäftsführung ohne Auftrag in § 677 BGB. Die erste Voraussetzung ist darnach das Vorliegen einer Geschäftsführung, einer Geschäftsbesorgung. Die beiden Begriffe sind identisch, wie ein Blick auf die Überschrift unseres Instituts und § 677 BGB. zeigt, wo die beiden Ausdrücke in dem gleichen Sinn wiederholt gebraucht werden.[8] Ist für unsere juristische Betrachtungsweise somit Geschäftsführung und Geschäftsbesorgung identisch, so müssen wir nun eine Erläuterung dieses zweiten Begriffes versuchen. Ein Blick auf die juristische Literatur zeigt, daß wir hier nicht vor einem neuen Problem stehen, sondern es mit einem der unklarsten juristischen Begriffe zu tun haben.[9]; das erklärt sich daraus, daß unser Gesetzgeber, obwohl der Begriff Geschäftsbesorgung, schon im gemeinen Recht lebhaft umstritten war,[10] trotzdem keine Begriffsbestimmung in unseren Ge-

---

[7] *Siehe dazu Köllner 10 ff.; Monroy S. 153 ff.; im Gegensatz dazu halten Chambon 2 ff.; Dankwardt 7 ff. unser Institut für rein prätorisch. Vgl. ferner Isay, 20 ff.; Dernburg, Pand. 332; Windscheid-Kipp, Pand. II, 855, 914; vgl. auch hier Partsch a. a. O. und Karlowa, der die Ansicht vertritt, dass die actiones in ins conceptae älter sind als die actiones in factum conceptae (d. h. die prätorischen.)*

[8] *S. Brückmann a. a. O.* S. *9.*

[9] *Staub, HGB. zu § 362 spricht von einer crux; Jäger § 22 KO. von dem dunkelsten Punkt der ganzen Geschäftsbesorgungslehre.*

[10] *Vgl. Aarons, S. 4.; Monroy, S. 85; Dankwardt, S. 11.*

setzestext aufnahm, angeblich, weil man „die Entscheidung dieser Frage der Wissenschaft überlassen wollte, da sich der Begriff der Verpflichtung zur Geschäftsbesorgung im Rahmen einer gesetzlichen Bestimmung auch durch eine anderweitige Fassung nicht erschöpfend regeln lassen würde."[11] Es erhebt sich zunächst die Frage: Ist dieser Begriff an den verschiedenen Stellen des BGB. (siehe die §§ 27, Abs. III, 713, 2218 Abs. I, 450 Abs. II, 994, 347, 2023; für uns kommen besonders §§ 662, 675, 677 in Betracht) im gleichen Sinn gebraucht oder nicht? Zwei Ansichten stehen einander gegenüber: die einen[12] verneinen eine solche Gleichstellung unter Hinweis auf die Scheidung der Dienst- und Werkverträge in § 675. „Denn wollte man auch hier unter Geschäftsbesorgung neben den Handlungen vorwiegend rechtlicher Natur zugleich alle tatsächlichen Verrichtungen mit umgreifen — wie es in den §§ 662, 677 geschieht — so käme man zu dem vom Gesetzgeber gewiß nicht gewollten Schluß, daß jeder Dienst- und Werkvertrag dem Recht des Auftrags unterfiele". Sie kommen, da nach übereinstimmender Ansicht in § 677 das Wort „Geschäftsführung" im gleichen Sinn gebraucht ist wie in § 662, zum Ergebnis, daß auch der Umfang unseres Begriffes in § 677 weiter zu fassen ist als in § 675. Demgegenüber vertritt die wohl herrschende Lehre[13] die Ansicht, daß das Wort Geschäftsbesorgung in allen drei Paragraphen den gleichen Sinn hat. Diese m.E. richtige Ansicht läßt sich wie folgt begründen: weder das römische noch das gemeine Recht und ebenso wenig die Materialien des BGB. kennen eine verschiedene Bedeutung des Wortes „Geschäftsführung", nur was unter diesen Begriff fällt, war von jeher bestritten (siehe Anm. 9); ferner spricht auch die Entstehungsgeschichte des § 675 für unsere Ansicht. Der unserem § 675 entsprechende § 606 des Entwurfes IIa wurde erst von der 2. Kommission eingefügt, aber nicht, wie die Gegner meinen, zum Zweck der Einschränkung des § 675, sondern im Gegenteil um die Anwendbarkeit der Vorschriften über den unentgeltlichen Auftrag auch auf solche Verträge zu erstrek-

[11] *Prot. II, 377; ferner Lenel, Dogm. Jahrb. 44, S. 37 ff.*

[12] *So Simeon, S. 443; Crome § 254; Cosack § 150 und § 155; Endemann, S. 1080; Enneccerus § 380, 384, 385; Matthias, S. 12 u. a.; gleichgültig für unser Thema ist, ob diese Schriftsteller § 677 allein weiter fassen als § 675, oder § 677 und § 662.*

[13] *Vgl. die §§ 675 und 677 bei Planck, Oertmann, Staudinger und RGR. Kom.; Brückmann, S. 10 und S. 21; Hellwig, S. 10; ferner RG. 100, S. 145; OLG. Bd. 12, S. 273.*

ken, die eine entgeltliche Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben. Auch die Stellung der §§ 662 und 675 im gleichen Gesetzestitel, der enge Zusammenhang der zwischen den Paragraphen jedes Titels besteht, z.B. §§ 662, 667[14] spricht schwerlich für eine solche Inkonsequenz unseres sonst so präzis arbeitenden Gesetzgebers, wie sie ihm die Gegenansicht zumuten müßte. Schließlich ergeben auch die Verweisungen des BGB. auf Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag bei ähnlich gelagerten Fällen nirgends eine verschiedene Bedeutung des Wortes Geschäftsbesorgung. Warum sollte gerade § 675 eine Ausnahme machen? Allerdings muß zugegeben werden, daß der Wortlaut des § 675 eine Scheidung unter den Arbeitsverträgen nach dem Gesichtspunkt der Geschäftsbesorgung vornimmt, aber eine solche Differenzierung läßt sich auch, wie wir sehen werden, finden, wenn wir die §§ 675 und 677 in dem gleich weiten Umfang auslegen.

Wenn wir nun das Wort „Geschäft" etwas näher betrachten, so scheidet aus diesem Begriff ohne weiteres aus, — was ja selbstverständlich ist, — ein bloßes Gewährenlassen, ein rein mechanisches Reagieren, ein zufälliges, fahrlässiges Handeln. Denn Geschäftbesorgen heißt für einen anderen tätig werden in einer bestimmten Richtung, mit einem bestimmten Ziel. Ebenso fallen nicht darunter bloße Gefälligkeitshandlungen, Handlungen auf gesellschaftlichem, sittlichem oder religiösem Gebiet. Denn es muß sich ja nur um Geschäfte handeln, d. h. um Tätigkeiten, die überhaupt Gegenstand einer Obligation sein können (allerdings nimmt man heute mit Recht an, daß nicht nur vermögenswerte Handlungen Grundlage einer Obligation sein können). Ebenso scheiden bei dem Wort Geschäftsbesorgung solche Handlungen aus, bei denen aus tatsächlichen Gründen oder rechtlichen z. B. §§ 1317, 1728, 2064 der Geschäftsherr nur persönlich handeln kann. Schließlich müssen die in Betracht kommenden Tätigkeiten des GF. schutzwürdig sein, dürfen also nicht gegen die §§ 134, 138 u. a. verstoßen. Aber abgesehen davon können die Geschäfte operae liberales oder operae locari solitae sein, können mit eigenen oder fremden Kräften ausgeführt werden, können einmalig oder wiederholt sein oder schließlich auch einen ganzen Komplex von Handlungen umfassen. Darüber besteht

[14] *Ebenso schon in den Motiven; wenn § 603a von der Verpflichtung zur Geschäftsbesorgung spricht, so konnte schlechterdings nur die Geschäftsbesorgung gemeint sein, von welcher bereits § 585 (E. I) und § 592 (E. II) spricht.*

wohl in der Literatur so ziemlich Einstimmigkeit; bestritten aber ist wieder, ob auch tatsächliche Handlungen unter das Wort Geschäftsbesorgung zu rechnen sind. Staub a.a.O. § 362[15] verneint das und versteht unter Geschäftsbesorgungen nur Rechtsgeschäfte oder rechtsgeschäftsartige Handlungen. Die beiden Argumente, die er zur Begründung seine Ansicht anführt, sind jedoch nicht durchschlagend. Wenn er sagt, Geschäftsbesorgung ist nur eine aus sprachlichen Gründen vorgenommene Abkürzung für Rechtsgeschäftsbesorgung, wofür er als Beweis eine Parallele mit der Geschäftsfähigkeit, der Fähigkeit Rechtsgeschäfte abzuschließen, zieht, so ist darauf zu erwidern, daß unser Gesetz keineswegs immer unter Geschäft soviel wie Rechtsgeschäft versteht. Das lehrt auch ein Blick auf die §§ 1682 und 1688; ferner folgt das aus §§ 1796 und 1909 und besonders aus § 1357, wo das Wort Geschäft und der Begriff Rechtsgeschäft streng geschieden werden. Auch hat die bei ihrer Formulierung so genau arbeitende Redaktionskommission überall dort, wo sie unter Geschäft soviel wie Rechtsgeschäft verstanden wissen wollte, diesen Ausdruck gebraucht, siehe z. B. §§ 111, 125, 138, 141, 180 u. a. Die scheinbare Ausnahme bei dem Wort Geschäftsfähigkeit hat mit unserm Begriff nichts zu tun, weil es sich bei diesem Ausdruck ja um eine vom Recht verliehene Rechtsmacht, aber nicht um eine Tätigkeit handelt; und hier interessiert uns ja nur die Bedeutung des Wortes „Geschäft" als Tätigkeit. Wenn ferner Staub a. a. O. zur Begründung seiner Meinung sich auf Prot. II S. 377 stützt „in der Regel wird es sich bei der Geschäftsbesorgung um die Entfaltung einer solchen Tätigkeit handeln, die innerhalb des Rechtsbereiches des Geschäftsherrn liegt," so ist diese unsichere Fassung (in der Regel; ferner das Wort „Rechtsbereich") wohl kaum ein genügender Beweis für die Richtigkeit seiner Ansicht, zumal ja die Gesetzesmaterialien nur Anhaltspunkt aber kein schlüssiger Beweis für die Auslegung unseres heutigen Gesetzestextes liefern. Ferner ist gegen Staub zu sagen, daß bei der Gesetzesberatung selbst auch die entgegengesetzte Ansicht Ausdruck gefunden hat.[16] Sind also Staubs Argumente nicht durchschlagend, so

---

[15] *Dem sich Eck, S. 513, Baring, S. 532 und Enneccerus, Simeon und Matthias, wenigstens für § 675, anschlossen.*

[16] *„Bei dem Ausdruck „ein Geschäft besorgen" ist schon nach dem allg. Sprachgebrauch das Missverständnis ausgeschlossen, als ob darunter nur Rechtshandlungen oder Rechtsgeschäfte, nicht aber auch tatsächliche Dienstleistungen zu verstehen sind." (M. II, S. 855).*

lassen sich m. E. eine Reihe zwingender Gründe gegen seine Auffassung anführen. Auch die römischen Quellen verstehen unter Geschäftsbesorgung neben rechtsgeschäftlichen, auch tatsächliche Handlungen (rem fructuariam reficere; rem perferendam accipere; insulam fulcire; tam filium quam filiam eius exhibere); ebenso die herrschende gemeinrechtliche Theorie.[17] In den Fällen, wo auf die §§ 662 und 677 verwiesen wird, handelt es sich praktisch in der Regel um tatsächliche Handlungen. Auch die §§ 89 und 130 ZPO. zeigen, daß unter Geschäftsbesorgungen auch Prozeßhandlungen zu verstehen sind und diese sind doch keineswegs immer nur Rechtsgeschäfte; ebenso umfaßt auch das lateinische Wort „negotium" Prozeßhandlungen. Auch würde § 675 ungehörig eingeschränkt werden, wollte man alle Arbeitsverträge mit rein tatsächlichen Leistungen davon ausscheiden. Schließlich wären auch die §§ 679 und 685 Abs. 2 nach Staubs Ansicht beinahe überflüssig, da doch die Unterhaltsgewährung gewöhnlich in tatsächlichen Leistungen bestehen wird. Am meisten aber spricht gegen Staub ein Vergleich der §§ 104 ff. und § 682. Staub müßte nämlich konsequent zum Ergebnis kommen, daß nicht Vollgeschäftsfähige für sich selbst keine Rechtsgeschäfte vornehmen können, aber wohl als GF. für einen anderen; denn wie aus § 682 hervorgeht, gibt es auch eine gültige G.o.A. für nicht vollgeschäftsfähige GF. — nur die Haftung ist in § 682 eine mildere —. Würde nun „Geschäftsbesorgung" nur rechtsgeschäftliche Tätigkeiten umfassen, so müßte Staub in § 682 unbedingt eine Durchbrechung der §§ 104 ff. annehmen; die hier vertretene Ansicht ist wohl auch die heute herrschende in der Literatur.

Die gerade entgegengesetzte Anschauung, die z. B. Hachenburg a.a.O., S. 11 zu § 675 vertritt, wonach neben rechtsgeschäftlichen Handlungen auch alle tatsächlichen Handlungen unter den Begriff Geschäftsbesorgung fallen, läßt sich ohne weiteres durch einen Hinweis auf die in § 675 vorgenommene Scheidung widerlegen.

Von den zahllosen Versuchen nun, die die Frage lösen wollten, welche tatsächlichen Handlungen unter § 677 zu subsumieren sind, ist wohl keine befriedigend und zur herrschenden Anschauung geworden. Das erklärt sich m.E. daraus, daß alle diese Theorien versuchten, in einer knappen, nur ein hauptsächliches Begriffsmerkmal enthaltenden Definition, un-

[17] *So besonders die bei Windscheid a. a. O., § 430 Genannten; abweichend eigentlich nur Aarons, S. 2 ff.; Monroy S. 85 ff.; Köllner, S. 58 ff.*

seren so vielgestaltigen Begriff erläutern zu können. M.E. ist es aber unmöglich, das so vielseitige Leben, das sich in unserem Begriffe widerspiegelt, in eine solche kurze abstrakte Formel zu fassen. Bevor wir aber unsere eigene Ansicht kurz zu begründen versuchen, seien einige in der Literatur hauptsächlich vertretene Ansichten kurz kritisch betrachtet. So betont vor allem Cosack § 150 und § 155 die vermögensrechtliche, geschäftliche, wirtschaftliche Seite dieses Begriffes.[18] In diesen Zusammenhang gehören schließlich noch — wenngleich auch mit etwas abweichender Formulierung — Planck, Staudinger, Oertmann zu § 677 und Jaeger zu § 22 KO. Sie berufen sich hauptsächlich auf den Sprachgebrauch des Wortes Geschäft, das nach ihrer Ansicht vor allem eine wirtschaftliche Tätigkeit, einen Zusammenhang mit Vermögens- und Geldinteresse, kurz einen wirtschaftlichen Effekt bedeutet. Nun ist sicher zuzugeben, daß dieses Moment praktisch von großer Wichtigkeit für die Bestimmung unseres Begriffes ist. Verfehlt ist es aber nach unserer Ansicht, darauf allein entscheidend abzustellen. Denn ihr Hauptargument, der Sprachgebrauch ist als juristische Begründung allein wenigstens nicht maßgebend. Man bedenke, daß wir in Deutschland bei den vielen Dialekten ja nicht nur einen Sprachgebrauch haben, daß ferner Sprachgebrauch und Rechtsbedeutung nicht immer zusammenstimmen (vgl. besonders die Bedeutung, die der Sprachgebrauch oft in rechtlich nicht einwandfreier Weise den Ausdrücken Miete, Leihe, Auftrag gibt). Und schließlich hat auch das Wort Geschäft in der juristischen Terminologie nicht immer einen wirtschaftlichen Charakter (siehe z. B. Geschäftsordnung, Geschäftsverteilung bei Gericht). Auch ist die Formulierung „die vermögensrechtliche Seite jemands berühren" (Cosack a. a. O.) viel zu unbestimmt; berührt etwa ein Arzt — was allerdings Cosack ablehnt — durch eine geschickte Operation, die die bisherige Erwerbsunfähigkeit beseitigt oder die dem G.H. ermöglicht seinen übernommenen Verpflichtungen nachzukommen und so eine hohe Vertragsstrafe zu vermeiden, nicht indirekt sehr stark die Vermögenslage des G.H.? Soll man etwa einem Arzt aus rein theoretischen Gesichtspunkten den Anspruch aus § 683 verweigern und ihm nur mit § 812 helfen, wie es Cosak und andere

[18] *cf. RG. 70, S. 251; 84, S. 59; 100, S. 145; J. W. 07, S. 482; J. W. 23, 105; Recht 07, Nr. 1818; Recht 21, S. 102. vgl. die ähnlichen Definitionen bei Lent 82 ff; Isay 44 ff; RGRK. zu § 677; Kress 94 u. a.*

vorschlagen. Wollte man ferner hier mit einer stillschweigend vereinbarten Vergütung den Arzt entschädigen, wie es Isay S. 47 und Staudinger § 677 und § 683 neuerdings anraten, so könnte man mit dieser Fiktion den ganzen 11. Titel des BGB. ersetzen. Cosack selbst scheint übrigens seine Definition nicht genau einzuhalten, denn sonst könnte er wohl kaum die Tätigkeit einer Krankenpflegerin als Geschäftsbesorgung bezeichnen. Auch die Geschäftsbesorgungen, die der Gesetzgeber bei den §§ 679 und 680[19] im Auge hat, sind wohl kaum nur geschäftliche Angelegenheiten, d. h. solche, die unmittelbaren vermögensrechtlichen Effekt haben. Gleichwohl hat Cosack wenigstens insofern nicht ganz unrecht, weil wohl in der Mehrzahl der Fälle in unserem Begriff ein wirtschaftliches Moment mitenthalten sein wird. Unhaltbar dagegen ist die Definition, die Endemann S. 1080 gibt. Hier wird eine wichtige Gruppe von Geschäftsbesorgungen übersehen, nämlich die der Prozeßhandlungen, die ja ebenfalls auftragslos vorgenommen werden können, wie die §§ 89 und 130 ZPO. zeigen. Übrigens widerspricht sich Endemann kurz darauf selbst (Anm. 23 zu § 172), wo er auch Prozeßhandlungen unter seine Definition rechnet. Ebenso unrichtig ist die Begriffsbestimmung, die Hellmann in der Kr. V. Schr. Bd. 41, S. 222 gibt:[20] Geschäftsbesorgungen sind nach ihm nur solche Handlungen, die dem G.H. eine eigene Arbeit abnehmen. Diese Definition ist schon allein wegen ihrer praktischen Konsequenzen unhaltbar; denn gerade dort, wo G.o.A. am nötigsten ist, weil der hilfsbedürftige G.H. die betreffende Tätigkeit nicht selbst vornehmen kann, ihm also soweit auch keine eigene Arbeit abgenommen werden kann, wäre unser Institut unanwendbar. (S. Brückmann, S. 91); so müßte z. B. der Ersatzanspruch eines Arztes davon abhängig gemacht werden, ob der Patient selbst in der Lage gewesen ist die betreffende Operation an sich vorzunehmen. Ein richtiges Moment verdanken wir dagegen der Begriffsbestimmung von Hellwig[21]; er versteht unter Geschäftsbesorgung jede Entfaltung einer Tätigkeit zur Erledigung einer

---

[19] *Geschäftsbesorgung zur Abwendung einer dem Vermögen oder der Person des G. H. drohenden dringenden Gefahr.*

[20] *cf. Wittkowski, D. J. Z. 02, S. 87 und für das gemeine Recht Köllner,* S. *58; gegen letzteren besonders Aarons, S. 263 ff.*

[21] *Vgl. Hellwig 517 ff.; ähnlich Jäger in der 1. Aufl. seines Kommentars zu § 22; Lenel, Dogm. Jahrb. Bd. 44, S. 35; Schollmeyer, S. 91; Kipp-Windscheid, II,* S. *723; Brückmann, S. 26 ff.*

bestimmten oder einer Mehrheit bestimmter Angelegenheiten zur Herbeiführung eines Erfolges. Diese Definition, die das richtige Moment der Ziel- und Erfolgsstrebigkeit jeder Geschäftsführung enthält, verstößt aber klar gegen den Wortlaut des § 675; entweder müßten nach Hellwig alle Werkverträge und alle Dienstverträge unter § 675 fallen oder aber kein Dienstvertrag, wenn man seine Definition etwas enger auslegt. [22]

Aus der Kritik der bisher angeführten sechs Haupttheorien, unter die im großen und ganzen alle übrigen Ansichten eingruppiert werden können, ist zu entnehmen, daß auch tatsächliche Handlungen unter unseren Begriff fallen. Gesichtspunkt für die Abgrenzung kann das wirtschaftliche Moment und die Erfolgsstrebigkeit der Tätigkeit des G.F. sein. Aber abgesehen davon, ist der Begriff „Geschäft" im weitesten Sinn zu fassen, gleich als Angelegenheit. So im Ergebnis im Gegensatz zu den bisher besprochenen Theorien, die Praxis.[23] M. E. kann man theoretisch die Lösung unserer Frage viel eher erreichen, wenn man von dem Begriff „Besorgung" ausgeht und das Wort „Geschäft" erst in zweiter Linie beachtet. Die bisherigen Theorien versuchten, wie wir sahen, alle eine Scheidung des Ausdrucks „Geschäft" vorzunehmen, und kamen dadurch zu den unhaltbaren, ganz einseitigen Ergebnissen Unter „Besorgung" verstehen wir eine Tätigkeit, die einem andern eine Sorge abnimmt, die ihm zunächst obliegen würde. Nicht nötig aber ist, daß der G.H. diese Sorge persönlich wahrnehmen hätte können; denn damit kämen wir auf die Begriffsbestimmung Hellmanns hinaus, die wir oben scharf ablehnten. Nötig ist vielmehr nur, wie das RG. in 97/65 sagt: „Es muß eine Tätigkeit ausgeübt werden, die an und für sich der Sorge des andern obliegen würde, durch die daher das Interesse des andern gefördert wird;" vgl. auch RG. 109/301. Dieser Gedanke scheint mir auch bei der Einführung des § 675 durch die 2. Redaktionskommission maßgebend gewesen zu sein. Man nahm diesen Paragraphen nämlich nur auf, wie wir schon sahen, um einige wichtige Auftragsvorschriften (Auskunfts-, Rechenschafts- und Gehorsamspflicht, Kündigungs-

[22] *„Jedenfalls muss davon ausgegangen werden, dass nicht ohne weiteres in jeder Tätigkeit des Dienstverpflichteten oder des Uebernehmers eine Geschäftsbesorgung zu finden ist." (Prot. IV, S. 377).*

[23] *S. dazu RG. 56/84; 57/84; 100/145; S. A. 61/62 ff.; J. W. 06, 109; Recht 04/314; ähnlich auch Heck, a. a. O. S. 352.*

recht) auf eine Anzahl von Dienst- und Werkverträgen anwenden zu können, die auf einem ähnlichen Vertrauensverhältnis beruhen, wie es zwischen Auftraggeber und Beauftragten besteht. Damit haben wir ein neues, bisher von der Theorie allzusehr vernachlässigtes wichtiges Kriterium für den Begriff der Geschäftsbesorgung gefunden. Aber noch ein weiteres Moment glauben wir aus dem Wort „Geschäftsbesorgung" entnehmen zu können; wenn jemand fremde Geschäfte besorgt, dann muß er bis zu einem gewissen Grade selbständig handeln, darf also nicht nur den fremden Weisungen nachkommen; somit scheidet aus unserem Begriff jede bloß untergeordnete unselbständige Tätigkeit aus. Die Summe dieser bisher gefundenen einzelnen Kriterien ergibt m.E. die gesuchte Abgrenzung in § 675 und somit auch den Begriff, wie wir ihn für § 677 bei der Geschäftsführung o.A. benötigen. Geschäftsbesorgung ist also jede selbständige, zielstrebige, fürsorgende, rechtsschutzbedürftige Tätigkeit, die an sich der Interessenssphäre eines anderen angehört. Somit fallen unter unseren Begriff nicht nur die Tätigkeiten eines Anwalts, eines Aufsichtsratsmitgliedes, eines Gutsverwalters, Bauleiters u. a., sondern, was praktisch von besonderer Wichtigkeit ist, z. B. auch die Tätigkeit des Arztes, der sich Verunglückter annimmt, eines Bergsteigers, der verunglückte Touristen vom sicheren Tode rettet, von Erziehern, Hauslehrern usw.[24]

§ 4.

2. Eine Geschäftsführung für einen anderen.

Als zweite Voraussetzung des Begriffes „G.o.A." müssen wir nun das Moment „der Geschäftsbesorgung für einen andern" erläutern. Obwohl dieser Gedanke schon in dem Wort „Geschäftsführung" steckt — denn G.o.A. setzt eben immer zwei Personen voraus — haben die Verfasser des BGB. der Genauigkeit halber diesen Begriff in § 677 nochmals ausdrücklich betont. „Geschäftsführung für einen andern" bedeutet soviel wie die Geschäfte „eines anderen" führen, oder „fremde Geschäfte" führen. Hier ist es wohl wertvoll kurz auf die geschichtliche Entwicklung dieses Begriffes der Fremdheit eines Geschäftes einzugehen. Schon die Römer kannten ihn und unterschieden dabei in ihrer scharfsinnigen Weise die zwei prakti-

[24] *Damit haben wir auch das unliebsame Ergebnis vermieden, entweder wie Staudinger oder Isay mit einer Fiktion, oder wie Oertmann und Warneyer mit Analogie arbeiten zu müssen, um den Arzt einen Ersatzanspruch aus § 683 gewähren zu können.*

schen Möglichkeiten, in denen fremde Geschäfte geführt werden können. So sagt D. 3, 5, 5, 13 verglichen mit D. 3, 5, 1, 5: „alterius r e i p s a negotium gestum" und i. Geg. dazu „ab initio tuum non erat sed t u a c o n t e m p l a t i o n e." Diese Zweiteilung übernahm dann das gemeine Recht und versuchte den Unschied der in diesen Quellenstellen noch nicht klar zum Ausdruck kommt, näher herauszuarbeiten. Man prägte, um diese Digestenstellen zu verdeutlichen, die Begriffe objektiv- oder notwendig fremdes Geschäft und subjektiv fremdes Geschäft. Unter obj. fremdem Geschäft verstand man ein Geschäft, das schon v o n N a t u r a u s einem fremden Interessenkreis angehört.[25] Subj. fremde Geschäfte nannten die gemeinrechtlichen Schriftsteller[26] solche Geschäfte, die an sich neutral, indifferent sind, also von Anfang an nicht ipso iure einem fremden Vermögenskreis angehören, sondern diese Zugehörigkeit erst durch die Willensrichtung des G.F. erlangen. Diese Unterscheidung, die in ähnlichen Formulierungen auch heute noch in allen größeren Lehrbüchern und Kommentaren zu finden ist, hat natürlich nur dann praktische Bedeutung, wenn es gelingt, das Wesen des Fremdgeschäftes näher zu bestimmen. Versuche dieses Merkmal zu finden, wurden im gemeinen Recht schon mehrmals unternommen. Als Ergebnis all dieser Versuche muß aber Aarons a.a.O. S. 5 ff. feststellen, daß alle diese Lösungen zu keinem befriedigenden Ergebnis führten, teils weil sie zu ungenau und teils weil sie so abstrakt gefaßt sind, daß sie keine praktische Bedeutung für den Richter erlangen können. Ganz kurz sei nur angedeutet, auf welchem Wege einige Schriftsteller dieses Fremdheitskriterium zu konstruieren versuchten. Zunächst einige Beispiele von Schriftstellern, die glaubten das Wesen der Fremdheit bestünde in einem o b j e k t i v e n Merkmal.[27] Jhering (Abhandlungen aus dem römischen Privatrecht, S. 41 ff., 77 ff.) sieht das entscheidende

---

[25] *Andere Formulierungen sind: Schon rein äusserlich, infolge einer dem Geschäft innewohnenden Eigenschaft, durch die Eigenart des Geschäftes, infolge seiner besonderen Beschaffenheit.*

[26] *Tuhr, a. a. O., S. 170; Windscheid, S. 913; Köllner, S. 27; Mot. II, S. 855.*

[27] *Man muss hier die verschiedenen Begriffe „Fremdgeschäft und neg. alienum" und „obj. fremdes Geschäft" in Kauf nehmen; denn praktisch genommen, bestand zwischen all diesen Ausdrücken schon im gemeinen Recht kein Wesensunterschied. Wer von Fremdgeschäft spricht, nimmt als Gegensatz das neutrale Geschäft an, wer dagegen von obj. fremdem Geschäft spricht, das subjekt. fremde Geschäft.*

Begriffsmerkmal des negotium alienum darin, daß ein Dritter, d. h. eine vom G.F. verschiedene Person, das periculum negotiationis trägt. Ähnlich Chambon S. 33 ff., der auf das periculum negotiationis und periculum rei abstellt. Mit Recht verweisen Monroy S. 52 ff., Aarons S. 266 ff. darauf, daß die Gefahrtragung doch erst eine Folge, aber nicht der Grund für die Fremdheit eines Geschäftes sein könne. Zu unbestimmt — aber m. E. bereits den richtigen Kern erkennend, — definiert Dankwardt S. 35 „eine Handlung ist dann objektiv fremd, wenn sie objektiv das Vermögenssubjekt berührt" und Monroy S. 11 ff. „ein Geschäft ist objektiv fremd, wenn ein fremdes Vermögensrecht ausgeübt wird."[28] Von den neueren Schriftstellern werden diese Theorien abgelehnt. Ich verweise hier besonders auf Lent a.a.O. S. 10, 33. Lent verwirft neben den genannten Theorien auch andere neuere gemeinrechtliche Auffassungen, die das objektive Fremdheitsmoment in einem Handeln „wie es dem Interesse oder dem Willen des Geschäftsherrn entspricht" oder „in einem Handeln, das auf Rechnung des G.H. geht" oder „in einer Handlung, die vom G.H. genehmigt wird", sehen. Denn darin liegt eine Verwechslung der Erfordernisse für die Entstehung der oblig. n. g. und den Voraussetzungen der Fremdheit, also nur einer einzigen Tatsache aus dem gesamten Tatbestand. Die Frage, ob das Geschäft dem Interesse und Willen eines anderen entspricht, kann doch erst beantwortet werden, wenn die Person des G.H. feststeht. Andere Schriftsteller glauben entscheidend für unseren Begriff sei ein subtives Moment.[29] Es finden sich hier im großen und ganzen wieder die gleichen Kriterien, wie wir sie soeben kennengelernt haben, z. B. entscheidend sei für die Fremdheit „der Wille für Rechnung des G.H. zu handeln" oder maßgebend sei der — doch nur schwer faßbare — Motivwille „zum Vorteil des andern tätig zu werden." Schon besser sind die Ansichten, die das Wesen der Fremdheit in dem konkret gefaßten Willen „den Ertrag des Geschäftes dem G.H. herauszugeben" sehen, oder darin, daß die G.F. dem Interesse und dem Willen des G.H. entspricht. Aber für eine genaue Konstruktion des Fremdheitsbegriffes sind diese Definitionen nicht brauchbar; denn die Voraussetzungen für den Begriff der Fremdheit wer-

[28] *Monroy a. a. O. unterscheidet sehr scharf die beiden möglichen Arten des Fremdgeschäftes, die er „Ausübung fremder Vermögensrechte" und „Wahrnehmung fremder Interessen" nennt.*

[29] *Ich verweise hier nur auf Monroy, S. 31 ff.; v. Tuhr, S. 20 ff.; Ruhstrat, Arch. f. z. Prax. Bd. 34, S. 62 ff. und Köllner, S. 54.*

den vermengt mit den Erfordernissen der oblig. neg. g. und der actio contraria neg. g. So sind z. B. Interesse und Wille nur für die Frage, ob der G.F. einen Ersatzanspruch gegen den G.H. hat, von Wichtigkeit, aber nicht für die Bestimmung der Fremdheit des Geschäftes. Gibt es denn nicht auch subjektiv fremde Geschäfte, die dem Interesse des G.H. zuwiderlaufen? Und setzt nicht die Genehmigung erst etwas voraus, was genehmigt werden kann? Wie kann ferner der Wille „für Rechnung eines andern zu handeln", das entscheidende Fremdheitskriterium sein, da doch auch die Römer schon Geschäftsführungen kannten, bei denen keine Aufwendungen zu machen sind und da doch ferner die Römer auch eine G. F. o.A. mit animus donandi kannten? Und ist schließlich überhaupt ein Erfolgswille bei unserem Institut nötig? Mit diesen wenigen Fragen zeigt sich wohl ohne weiteres die Unhaltbarkeit der obigen Konstruktionen (s. Lent S. 41 ff.). Die Folge all dieser mißglückten Versuche äußert sich in einer gewissen Resignation gegenüber unserem Problem.[30] In diese Zeit fiel dann die Fassung unseres BGB. Die Verfasser glaubten den Schwierigkeiten in dieser Frage dadurch entgehen zu können, daß sie statt „eines anderen" (was so viel wie ‚fremd' bedeutet) „für einen andern" setzten.[31] Außerdem hat die Redaktionskommission den Begriff „fremdes Geschäft" (nicht aber objektiv fremdes Geschäft) in § 687 BGB. sogar beibehalten müssen. Daraus ergibt sich für uns eine gewisse Verschiebung des Problems, die in der Literatur bisher fast nie beachtet wurde. Nicht mehr objektiv und subjektiv fremde Geschäfte unterscheidet unser Gesetzgeber, sondern fremde Geschäfte und nicht fremde Geschäfte (wir nennen die letzteren neutrale oder indifferente Geschäfte). Bevor wir aber unsere eigene Ansicht in dieser Frage darlegen, müssen wir die neueren Lösungsversuche kurz betrachten. So hält Isay[32] nicht juristische Kriterien

[30] *cf. Kipp bei Windscheid, S. 913, „ich zweifle, ob diese der eine ähnliche Formulierung für die Entscheidung des Einzelalles Hilfe gewähren wird"; oder Sturm a. a. O.* S. *30 ff., der ausführt, dass eine genaue Begriffsbestimmung der Fremdheit überhaupt unmöglich ist; s. dazu auch Isay, S. 48 ff.; Brückmann,* S. *40 ff.*

[31] *cf. Motive II,* S. *855. Bemerkenswerter Weise findet sich sogar in Mot. II,* S. *856 der von den Verfassern so sehr gemiedene Ausdruck, wenn es heisst „es genügt für die actio direkta nicht bloss die Tatsache, dass objektiv ein fremdes Geschäft besorgt wurde . . . ."*

[32] S. *50 ff. a. a. O.; Leonhard, Kr. V. Schr. 44,* S. *417 hat sich Isay angeschlossen, ohne aber eine nähere Begründung zu geben.*

für die Fremdheit eines Geschäftes entscheidend — denn ein juristisches Kriterium in dieser Frage aufzustellen, hält er für unmöglich — sondern ein wirtschaftliches Moment; man müsse nämlich im Einzelfall das Interesse feststellen, das das ganze Geschäft beherrsche und nur dadurch könne die althergebrachte Unterscheidung von obj. und subj. fremden Geschäften eigentlich einen Sinn bekommen; Jsay geht von dem Oberbegriff ‚fremdes Geschäft' aus. Es liegt nach ihm vor, wenn das das Geschäft beherrschende Interesse ein fremdes ist. Dieses Fremdgeschäft gliedert er in objektiv fremde Geschäfte, d. h. solche bei denen nach der Verkehrsanschauung (infolge des Gegenstandes oder des Inhalts des Geschäfts) das herrschende Interesse ein fremdes sei. Subjektiv fremd nennt er ein Geschäft, bei dem nach der Verkehrsanschauung ein herrschendes Interesse fehlt und erst der Wille des Geschäftsführers zum Ausdruck bringt, daß das herrschende Interesse kein eigenes, sondern ein fremdes ist. Als eine Lösung unseres Problems wird man aber auch diesen Versuch nicht bezeichnen können. Denn während der Richter bisher aus den Umständen des Einzelfalles ermitteln mußte, ob das Geschäft ein fremdes ist, muß er nach Jsays Begriffsbestimmung prüfen, ob sich eine bestimmte Verkehrsanschauung gebildet hat, aus der das Interesse gefolgert werden kann, das das Geschäft beherrscht. Die Frage, die Jsay aber hätte lösen sollen, wenn nämlich nach der Verkehrsanschauung das die Handlung beherrschende Interesse ein fremdes ist, wegen welcher Eigenschaft des Geschäftes sich diese Verkehrsanschauung gebildet hat, läßt er ungelöst. Mit Recht sagt daher Lent, S. 61 ff., daß hier nur eine Verschiebung aber keine Lösung unseres Problems vorliege. Auch Brückmanns Definition: objektiv fremd ist ein Geschäft, wenn der G.F. für den G.H. tätig geworden ist, läßt nicht das wesentliche Merkmal erkennen, aus dem diese Fremdheit zu entnehmen ist. In allen anderen neuen Lehrbüchern und Kommentaren finden sich über unser Problem keine anderen Gesichtspunkte, als wie wir sie schon im gemeinen Recht kennengelernt haben. Nur Windscheid-Kipp und Endemann[33] gehen bei Behandlung der G.o.A. auf unser Problem ein. Sie

---

[33] *Kipp sagt zu § 430, objektiv fremd ist ein Geschäft, „das seiner Natur nach von selbst in fremdes Vermögen eingreift"; Endemann zu § 178 definiert: ein fremdes Geschäft liegt vor, wenn das Geschäft seinem Inhalt nach für einen andern wirkt und bestimmt ist.*

deuten bereits — wenn auch nur ganz kurz — m. E. das richtige Moment an, das dann Lent, S. 59 ff. weiter ausgebaut hat. Lent kommt dabei zu folgendem Ergebnis: nur dann ist die Handlung des G.F., mag sie ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten, mag sie eine tatsächliche Handlung sein, ein Geschäft des dominus, wenn sie auf dessen Vermögens- oder Personenrechte oder Rechtsgüter eine unmittelbare Wirkung ausübt. Veräußere ich meine eigene Sache an einen Dritten, so wird dadurch nur meine Rechtslage verändert, indem ich eben das Eigentum verliere: veräußere ich dagegen eine mir zur Verwahrung übergebene Sache an einen gutgläubigen Dritten, so wird durch die Veräußerung selbst auf das Recht eines Dritten — eben des Verwahrenden — ipso iure unmittelbar eingewirkt. Diese unmittelbar eintretende Wirkung auf fremdes Vermögen bezeichnet Lent a. a. O. treffend als Fremdwirkung. Lent, der hier das Wesentliche erkannt hat, übersieht aber m. E. wie Böhner (Z. f. H. R. 67/335 ff.) bemerkt, daß diese Fremdwirkung bei manchen Geschäften nicht unmittelbar eintritt, sondern erst durch ein noch hinzukommendes subjektives Moment; indem Lent dieses subjektive Moment für den Fremdheitsbegriff zusehr vernachlässigt, mußte er konsequenterweise zum Ergebnis kommen, daß wohl z. B. ein Handwerker Geschäftsführer sein kann, weil er durch seine Tätigkeit unmittelbar auf ein Rechtsgut einwirkt, nicht aber z. B. ein Rechtsanwalt, ein Gelehrter, der ein Gutachten schreibt, oder der verdeckte, stille Vertreter, der für mich kontrahiert; denn hier tritt überall zunächst keine Fremdwirkung ein und trotzdem dürfen diese Geschäfte von der G.o.A. nicht ausgeschlossen werden. Auch müßten nach Lent alle auftragslos geführten Verpflichtungsgeschäfte zuerst einen Schwebezustand durchlaufen, bis sie zu Fremdgeschäften würden, nämlich so lange bis die aus dem Verpflichtungsgeschäft sich ergebenden Verfügungen vorgenommen werden und somit die Fremdwirkung eintritt.

Wenn wir nun unsere eigene Ansicht kurz darlegen wollen, — eine ausführliche Betrachtung würde den Rahmen unseres Themas überschreiten —, so möge von zwei Beispielen ausgegangen werden:

a) Da sich mir eine günstige Kaufgelegenheit bietet, erwerbe ich für meinen Freund ein von diesem schon lange gesuchtes Gemälde.

b) Ich ziehe eine fremde Forderung ein, zahle eine fremde Schuld, repariere einen fremden

mir zur Verwahrung übergebenen Gegenstand, füttere einen mir zugelaufenen fremden Hund.

In beiden Fällen liegt Geschäftsführung ohne Auftrag vor und trotzdem zeigt sich bei näherer Betrachtung ein großer juristischer Unterschied. Den richtigen Weg, um das gesuchte Begriffsmerkmal zu finden, hat Lent gezeigt. Die Wirkung des Geschäftes ist es, die das fremde Geschäft vom neutralen unterscheidet oder mit anderen Worten: überall dort liegt ein fremdes Geschäft vor, wo auf ein fremdes Vermögen durch die Tätigkeit des g. eingewirkt wird. Da sich das Vermögen aus Rechten und Verbindlichkeiten zusammensetzt, so kann sich diese Fremdwirkung in verschiedener Weise äußern, z. B. im Erlöschen einer Forderung, in Erfüllung einer Verbindlichkeit, in Übertragung des Eigentums usw. Aber auch durch rein tatsächliche Handlungen, wie z. B. Reparatur eines fremden Hauses wird indirekt auf fremdes Vermögen eingewirkt, wie § 823 BGB. zeigt, bei dem nach der Meinung des Gesetzgebers jede tatsächliche Einwirkung auf ein Rechtsgut indirekt auch eine Einwirkung auf das diesem Gegenstand zugrunde liegende Recht enthält. Hier müssen wir nun aber scheiden nach der Art und Weise, wie diese Fremdwirkung eintritt. Bei dem Beispiel b) ergibt sie sich unmittelbar, ipso iure durch die Tätigkeit des G.F.: Grund dafür ist, daß hier von Anfang an der betreffende Vermögensgegenstand in einer ganz bestimmten Beziehung zum G.H. steht, z. B. er ist Eigentümer, Gläubiger, Schuldner. Also tritt die Fremdwirkung deshalb unmittelbar ein, weil ein reales, objektives Moment bereits vorliegt. Bei dem Beispiel zu a) dagegen fehlt eine solche ursprüngliche Beziehung. Wenn ich ein Gemälde kaufe, so kann ich damit sowohl für mich als auch für irgendwelche dritte Person gehandelt haben. Also hier läßt sich von Anfang an keine objektive reale Beziehung zu einer bestimmten Person feststellen. Wir sprechen daher von einem indifferenten oder neutralen Geschäft. Wenn sich hier eine Fremdwirkung ergibt — denn ohne eine solche könnte ja eine G.F. für einen anderen gar nicht vorliegen —, so muß das einen anderen Grund haben und somit erkennen wir, daß vor allem bei dieser Gruppe von Geschäftsführungstätigkeiten noch ein anderes Moment nötig ist, um die Fremdwirkung herbeizuführen. Aber auch beim Beispiel b) ist ein solches weiteres Erfordernis nötig, damit man von einer G.o.A. sprechen kann. Man überlege nur, daß der G.F. die bei ihm in Verwahrung liegende Sache für seine eigene hält; durch die Veräußerung an einen Gutgläubigen

tritt hier eine Fremdwirkung ein und zwar ipso iure und trotzdem liegt keine echte G.o.A. vor (s. § 687/I.) oder der Geschäftsführer will den Erlös der veräußerten Sache für sich behalten; objektiv liegt hier kein Unterschied gegenüber dem Fall vor, wo der g. für den Deponenten handelt; also auch bei den Fremdgeschäften ist noch ein weiteres Moment nötig, daß die G.F. für einen anderen zur Entstehung kommt und zwar kann es sich nur um ein subjektives, personelles Erfordernis handeln. Das ist auch heute durchaus herrschende Lehre.[34] Nur im frühesten gemeinen Recht begnügte man sich für die Entstehung der Geschäftsführungsobligation mit einem rein objektiven Moment und forderte nur für die actio neg. g. contraria ein weiteres subjektives Erfordernis.[35] Wenn nun auch allgemein zugegeben wird, daß neben dem objektiven Erfordernis noch ein subjektives nötig ist, so ist doch sehr bestritten, ob dieses Moment für die objekt. Fremdgeschäfte und für die subjekt. fremden Geschäfte gleich ist; darauf brauchen wir aber hier nicht einzugehen, da die gemeinrechtliche Unterscheidung von objektiv und subjektiv fremden Geschäften im ursprünglichen Sinn in unserem BGB. nicht mehr zum Ausdruck gekommen ist. Ferner ist bestritten, wo sich dieses Merkmal findet. Während die einen[36] dieses Erfordernis unmittelbar aus dem Begriff „für einen anderen" in § 677 herauslesen wollen, verneinen dies andere, wie z. B. Brückmann, S. 43: „weshalb soll der Begriff „für einen anderen" nicht an sich bedeuten können, daß bloß tatsächlich, rein faktisch an Stelle, anstatt eines anderen, gehandelt wird"; siehe dazu Motive II, S. 856. Auch die Zwecke, die die Verfasser unseres BGB's mit dem Begriffe „für einen andern" verfolgt haben,[37] lassen diese Ansicht Brückmanns für richtig erscheinen. Wir müssen

[34] *cf. Isay 101; Brückmann 81; Lent,* S. *124 ff. (der allerdings bei Darlegung des subjektiven Moments, wie schon ausgeführt, von der herrschenden Ansicht abweicht).*

[35] *s. z. B. Glück IV,* S. *345; Chambon,* S. *42; Leist, Ziv. Studien II,* S. *102; Vangerow,* S. *519; zuerst klar erkannt wurde es von Zimmermann a. a. O.* S. *5 ff., dass zur Entstehung der Geschäftsführungsobligation ausser dem objektiven auch noch ein subjektives Erfordernis nötig ist.*

[36] *cf. Planck, Staudinger; RGR.K. zu § 687.*

[37] *Für unsere Betrachtungsweise gleichgültig ist es, ob man in § 687 überhaupt noch von einer G.F. — wenn auch von einer unechten — sprechen will; Brückmann,* S. *47 lehnt es aus terminologischen Gründen ab; ähnlich Mot. II,* S. *871, die von einer Denaturierung des Begriffes G. o. A. sprechen; aber aus praktischen Gründen empfiehlt es sich m. E. doch, den kurzen Ausdruck „unechte G. o. A." beizubehalten.*

außer § 677 auch noch den § 687, Abs. 1 u. Abs. 2 heranziehen, um das noch fehlende subjektive Moment zu finden. Wie der Wortlaut des § 687 klar ergibt, liegt hier keine echte G.o.A. vor, sondern im ersten Fall wird nur versehentlich, irrtümlich vom G.F. angenommen, er führe fremde Geschäfte, und in Abs. 2 will der G.F. gar keine fremden Geschäfte führen, sondern die Vorteile des Geschäftes sich selbst zuwenden. In § 687 Abs. 1 schließt der Gesetzgeber die echte G.o.A. aus; der Grund dafür muß in dem Nebensatz liegen „wenn jemand ein fremdes Geschäft in der Meinung besorgt, daß es sein eigenes sei"; also das Nichtbewußtsein der Fremdheit des Geschäftes — gleichgültig, ob schuldhaft oder nicht —[38] schließt hier die echte G.o.A. aus. Daraus können wir dann durch arg. e contr. als ersten Teil des gesuchten subjektiven Momentes entnehmen: echte G.o.A. setzt voraus das Bewußtsein, daß man fremde Geschäfte führt. Aber dieses subjektive Erfordernis allein genügt noch nicht, um eine Geschäftsführung für einen andern entstehen zu lassen. Das zeigt § 687/II wo der G.F. das Bewußtsein hat, fremde Geschäfte zu führen und trotzdem nach richtiger Ansicht keine G.o.A. vorliegt. Denn das Wort „kann" zeigt, daß hier eine andere Rechtslage gegeben ist und nur aus gewissen Gründen (der Schein G.H. soll möglichst günstig gestellt werden; siehe dazu M. II. S 856, 870 f) der unechte d. einige Rechte des echten G.H. geltend machen kann. Noch klarer ergibt die Rechtsstellung des Schein-G.F., daß hier keine echte neg. g. in Frage steht. Er hat nämlich nicht die Rechte aus § 683, sondern ist beschränkt auf die ihm ohnehin zustehenden Bereicherungsansprüche; auch die Nichterwähnung einer Genehmigungsmöglichkeit des dom. in § 687/II ist eine wichtige Abweichung von der gewöhnlichen Geschäftsführung. Der Grund für das Nichtvorliegen einer echten G.F.o.A. liegt sicherlich nicht in den Worten „daß er nicht dazu berechtigt ist"; denn eine Nichtberechtigung des G.F. ist, wie wir noch sehen werden, Voraussetzung für jede Geschäftsführung. Auch die Worte „obwohl er weiß...", also das Bewußtsein der Nichtberechtigung, kann nicht entscheidend sein; denn dieses Bewußtsein fehlt ja

---

[38] *So auch die herrschende Lehre z. B. Schulz, S. 175; Brückmann, S. 46; Baring, S. 636 u. a. .; a. A. nur Isay 103 f., dessen Ansicht zwar der Billigkeit mehr entspricht, — denn warum soll der G. F. durch sein Verschulden dem G. H. die Ansprüche aus §§ 677, 678 nehmen können — aber gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes verstösst.*

nur, wenn der gest. glaubt, zum Eingreifen aus irgend einem Grunde berechtigt zu sein und diese Berechtigung z. B. ein Auftrag in Wirklichkeit nichtig ist. Auch das Bewußtsein der „Widerrechtlichkeit" kann das gesuchte Erfordernis nicht abgeben; denn durch arg. e contr. würde sich hier als subjektives Erfordernis ergeben: das Nichtbewußtsein der Widerrechtlichkeit, m. a. W. die Meinung rechtmäßig zu handeln; aber dieses Bewußtsein rechtmäßig zu handeln, hat doch auch der Schein-g. des § 687 Abs. 1 und trotzdem liegt hier, wie wir schon sahen, keine echte G.F. vor. Damit bleibt uns für unsere Begriffsbestimmung nur noch der Satz „behandelt jemand ein fremdes Geschäft als sein eigenes" und daraus müssen wir nun für unser Begriffsmerkmal die nötige Folgerung ziehen. Zwar läßt auch dieser Satz an sich eine verschiedene Deutung zu. Zunächst bedeutet „ein Geschäft als eigenes behandeln" nicht etwa so viel wie „Auftreten des G.F. im eigenen Namen" gegenüber dem Dritten; denn einerseits ist es ja gar nicht nötig, daß der G.F. mit einem Dritten kontrahiert, um Geschäfte für den G.H. zu führen; andererseits betrifft die Tätigkeit des g. als verdeckter Stellvertreter ja das Außenverhältnis, das für das interne Verhältnis der G.o.A. ganz belanglos sein muß. Auch wollen diese Worte nicht besagen, daß der g. überall dort, wo er nur die Sorgfalt, die man in eigenen Angelegenheiten anwendet, betätigt (diligentia quam in suis) der Ansprüche eines echten G.F. (§ 683 BGB. f.) verlustig gehen soll; denn das würde eine völlige Verkennung des Wesens unseres Instituts bedeuten. Diese Worte besagen aber schließlich nicht so viel wie „zugleich eigene Interessen verfolgen; denn wie wir noch sehen werden, wird dadurch echte G.o.A. keineswegs ausgeschlossen. In Wirklichkeit steckt in den genannten Worten ein Willensmoment; echte G.o.A. liegt im § 687 Abs. 2 nämlich deshalb nicht vor, weil der g., obwohl er die Fremdheit des Geschäftes kennt, trotzdem nur für sich, für seinen eigenen Vorteil handelt und die Interessen des d. ganz außer Acht läßt, ja sie sogar in doloser Weise schwer schädigt. Wir bekommen somit durch arg. e contrario aus § 687 Abs. 2 als fehlendes Erfordernis: den Willen, das Geschäft tatsächlich für den G.H. zu führen, den Willen im Interesse und zum Nutzen eines andern tätig zu werden. (Die Römer nannten diesen Willen animus aliena negotia gerendi). Über die Natur dieses Geschäftsführungswillen sei hier nur gesagt, daß es kein rechtlich qualifizierter Wille, wie ihn nur die Vollgeschäfts-

fähigen haben. sein muß, sondern, daß der rein tatsächliche Wille, für einen andern zu handeln, genügt.

Somit haben wir nun das fehlende subjektive Moment gefunden, das sich aus zwei Teilen zusammensetzt: der G.F. muß erkennen, daß es sich um eine Geschäftsführung handelt und er muß das Geschäft auch für den G.H. führen wollen; so auch die herrschende Lehre, z. B. RGR. K. zu § 677, oder Lent S. 124.[39] Etwas abweichend nur Brückmann S. 40 ff.; vielleicht auch Oertmann und Planck, die beim objektiven fremden Geschäft nur das Bewußtsein der Fremdheit erfordern und nur beim subjektiv fremden Geschäft auch den a.a.n.g.; ganz allgemein begnügt sich mit dem Bewußtsein der Fremdheit auch Isay.[40] Isay sucht das damit zu beweisen, daß er auf die §§ 547, 1216 und 2125 u.a. hinweist, wo überall der Wille, für den G.H. tätig zu werden, fehlt und das bloße Bewußtsein, fremde Geschäfte zu führen die obl. neg. gest. entstehen läßt; aber er übersieht m.E., daß es sich hier um sogenannte „angewandte" G.o.A. handelt und nur aus Billigkeitsrücksichten dem g. die Ansprüche eines auftragslosen G.F. zur Verfügung gestellt werden.

Dieses subjektive Moment, wie wir es bisher gefunden haben, hat nun aber eine verschiedene Funktion zu erfüllen bei den beiden obengenannten Beispielen. Denn bei dem Beispiel b) tritt ipso iure ohne Rücksicht auf das subjektive Moment die Fremdwirkung ein und das subjektive Erfordernis ist nur nötig, um aus dem Fremdgeschäft eine G.F. für einen andern (eben für den d.) werden zu lassen. Anders bei dem unter a) aufgeführten Beispiel. Hier besteht von Anfang an noch nicht eine solche unmittelbare Beziehung zu einem bestimmten G.H. Die Fremdwirkung tritt hier erst ein mit dem subjektiven Moment und zwar ist hier besonders wichtig, der zweite Teil unseres gefundenen Erfordernisses, der a. a. neg. g. (in ihm steckt dann ja ohne weiteres auch das Bewußtsein fremde Geschäfte zu führen). Hier erfüllt also das Willensmoment eine doppelte Funktion;[41] einmal macht

[39] *cf. Ebbecke, Recht 18, S. 397; Enneccerus § 385, Matthias § 198; Baring a. a. O., Bd. 14, S. 532 ff.; Staudinger zu § 677; Römer A. f. z. Prax. 119, S. 355; vgl. auch Mot. II, 856; RG. 75, S. 283.*

[40] *Isay a. a. O. 101, dem sich Leonhard a. a. O. S. 417 anschloss; siehe auch S. A. 64 Nr. 63.*

[41] *Damit unterscheiden wir uns auch von Lent, der dem subjektiven Moment nur eine Funktion zuschreibt, wodurch er auch zu den, oben abgelehnten, Ergebnissen kommen musste, die wir durch unsere Unterscheidung vermieden haben.*

es aus dem neutralen Geschäft ein Fremdgeschäft (d.h. ruft die Fremdwirkung hervor) und erfüllt sodann noch die gleiche Funktion wie bei den Fremdgeschäften zu Beispiel b) d. h. es macht aus Fremdgeschäften eine G.F. für einen andern. Bei dieser zweiten Gruppe hat also das subjektive Moment eine überragende Bedeutung und daher wollen wir hier, um terminologisch mit der herrschenden Lehre in Einklang zu bleiben, von subjektiv fremden Geschäften sprechen. Bei der andern Art von Beispielen dagegen wollen wir die Bezeichnung objektiv oder notwendig fremde Geschäfte deshalb beibehalten, weil hier das objektive, reale Moment ausschlaggebend ist. Abschließend können wir somit feststellen, daß wir im Gegensatz zur herrschenden Lehre, die zwei Arten von Fremdgeschäften kennt, nämlich objektiv und subjektiv fremde Geschäfte, eine andere Unterscheidung gefunden haben, nämlich zwei Arten von Fremdgeschäftsführungen.[42]

Es erhebt sich nun die weitere Frage, wann liegt eine G.F. für einen andern vor? Erst mit Kundbarmachung des a.a.n.g. — d. h. praktisch gesprochen mit dem Beginn der G.F.-Tätigkeit — der sich auf irgend eine Weise offenbart, oder auch schon mit dem rein innerlich gebliebenen, gefaßten Entschluß für den d. tätig zu werden. Mit Recht betont m. E. die herrschende Lehre,[43] daß ein nur innerlich gehegter Wille eine G.F. nicht zur Entstehung gelangen läßt; nötig ist vielmehr eine Kundbarmachung oder wie Oertmann sagt, eine Erweislichkeit des Geschäftsführungswillens. Die Gegenansicht, s. Lent 136, Kipp § 430 würde erheblich abweichen von den Grundsätzen, die sonst die Verfasser unseres Gesetzbuches in diesem Punkte befolgt haben. Außerdem würde diese Ansicht auch mit kaum zu überwinden-

[42] *Für das Moment der Fremdheit, die sich aus einer dem Geschäft innewohnenden Eigenschaft, aus einer vom Anfang an bestehenden tatsächlichen Beziehung zwischen dem Geschäft u. dem G.H. ergibt, eine abstrakte Formel aufzustellen, konnten wir uns also ersparen, da wir auf die Fremdwirkung abstellten und nicht auf ene dem obj, fremden Geschäft innewohnende Eigenschaft, und da wir die beiden Arten von Geschäftsführungen unterschieden darnach, wie diese Fremdwirkuug hervorgerufen wird: bei der obj. fremden G. F. durch das blosse Tätigwerden allein, bei der sub. fr. G. F. durch das Hinzutreten des a. a. n. g.*

[43] *cf. Planck und Staudinger zu § 677; Recht 03, Nr. 3075; Brückmann, S. 51; in den Mot. II, 855 heisst es: Der Wille kommt rechtich nicht in Betracht, solange er lediglich ein Vorgang im Innern des Menschen ist, ebenso Manigk 101 ff., der allerdings noch besonders die Frage der internen Willensbildung behandelt.*

den Beweisschwierigkeiten zu kämpfen haben. Aber außer für den Beweiszweck ist der kundgetane Geschäftsführungswille, der zeitlich mit dem Beginn der G.F. identisch sein wird, auch noch sehr wichtig für den Umfang der G.F. ohne Auftrag; denn an sich kann die G.o.A. einen Akt, mehrere Akte oder einen ganzen Komplex von Handlungen umfassen. Übernommen und sorgfältig auszuführen ist aber nur die G.F., wie sie der g. zu Beginn seines Tätigwerdens kundbar gemacht hat; eine spätere Willensänderung des G.F. z. B. er will die günstigen Wirkungen des Geschäftes einem seiner Freunde zukommen lassen, kann die einmal begründete Obligation nicht mehr einseitig abändern (s. Recht 09, Nr. 661), schon mit Rücksicht auf den nichtsahnenden G.H. Einer nachträglichen Erweiterung der Geschäftsführung steht allerdings grundsätzlich nichts im Wege, da die Grundidee unseres Instituts ja erfordert, daß überall dort Menschenhilfe geübt werden soll, wo es erforderlich ist. Ist dabei noch ein innerer Zusammenhang zwischen der alten und erweiterten neuen G.F. festzustellen, z. B. der G.F. wollte ursprünglich nur das Verpflichtungsgeschäft für den d. abschließen, danach nimmt er auch noch das Verfügungsgeschäft vor, so sind diese beiden Geschäftsführungsakte, infolge des bestehenden Zusammenhanges, zu einer Einheit geworden und die neue Obligation umfaßt ohne weiteres auch die alte. (Näheres siehe Lent, S. 137 ff.).

Ein weiteres Problem bei unserer Begriffsvoraussetzung „Geschäftsführung für einen andern" ergibt die Erwägung, daß ein Geschäft sowohl im eigenen Interesse als auch in dem eines Dritten geführt werden kann. Von den hier möglichen verschiedenen Interessenkollisionen seien nur die herausgegriffen, wo der G.F. außer im Interesse des G.H. auch noch im eigenen Interesse, und was rechtlich völlig gleich zu behandeln ist, im Interesse eines Dritten tätig wird. Würde der Gesetzgeber bei diesem bloßen „Mitverfolgen" eines dem G.H. fremden Interesses die Bestimmungen der Geschäftsführung ohne Auftrag ausschließen, so hätte er den ganzen 11. Titel unseres Gesetzbuches streichen können, da praktisch im Leben solche Kollisionsfälle die Regel bilden und außerdem nur selten festgestellt werden kann, ob der G.F. nur das Interesse des G.H. verfolgt hat. Sonach bleibt es bei den gewöhnlichen Rechtsgrundsätzen, wonach ein bloßes Motiv beim Handeln rechtlich irrelevant ist. [44] Wenn allerdings die eigenen Inte-

[44] *Aus diesem Grunde wurde auch § 759 E I gestrichen. Vgl. Motive II,* S. *868 u. Pr. II 741.*

ressen allzusehr betont werden, liegt keine G.o.A. mehr vor; die Abgrenzung kann hier allerdings Schwierigkeiten bereiten. Einen gewissen Anhaltspunkt mag vielleicht die Einteilung Isays abgeben, der auf das Überwiegen des herrschenden Interesses abstellt. Isay unterscheidet wie folgt: a) Verfolgt der G.F. bei der G.F. hauptsächlich eigene Interessen, sodaß die gleichzeitig damit verbundene Erfüllung fremder Interessen nur eine Reflexwirkung ist, so scheidet in der Regel G.o.A. ganz aus, z. B. jemand legt einen Park an, wodurch das Nachbargrundstück im Werte steigt; eventl. kommen bei solchen Konflikten die Regeln der G.o.A. so weit zur Anwendung, als sich eine genaue Scheidung der beiden Interessenssphären vornehmen läßt. (Hans. R.Z. 22, S. 507). b) Ist dagegen die gleichzeitige Beachtung der eigenen Interessen des Geschäftsführers nur Nebenzweck für sein Eingreifen, so liegt im vollen Umfang G.F.o.A. vor, da ja nach allgemeinen Regeln die bloßen Beweggründe rechtlich bedeutungslos sind, z. B. ich zahle fremde Schulden um mich dadurch selbst vor rechtlichem Nachteil zu schützen (ius offerendi) oder ich stütze das baufällige Haus meines Nachbarn, um dadurch mein eigenes Anwesen vor Beschädigung zu schützen.[45] c) Sind die gewahrten eigenen und fremden Interessen gleich stark und liegt — wie es die Regel sein wird — ein Gemeinschaftsverhältnis zwischen den beiden Interessenträgern vor, z. B. mehrere haben durch Verbindung, Vermischung, Vermengung eine Sache zum Miteigentum erworben und einer von ihnen nimmt daran eine Reparatur vor, die dann in seinem eigenen Interesse und in dem der übrigen Miteigentümer liegt; hier gehen dann nach dem Rechtssprichwort lex specialis derogat legi generali, die Gemeinschaftsregeln (§§ 741 ff. BGB.) vor. Liegt kein solches Gemeinschaftsverhältnis vor, so muß eben nach den beiden Interessensphären abgeteilt werden und nur bezüglich des gewahrten fremden Interesses kommen die §§ 677 ff. zur Anwendung. Über die Rechtslage die sich ergibt, wenn der G.F. bei Erfüllung eines Verpflichtungsverhältnisses zugleich noch die Interessen eines Dritten wahrnimmt, siehe im folgenden Pragraphen bei Erörterung der Auftragslosigkeit der Geschäftsführung.

---

[45] *So auch die herrschende Lehre z. B. Enneccerus § 385; Staudinger, Planck u. a. zu § 677; ebenso auch die Rechtsprechung, z. B. RG. 63, S. 280; 75, S. 283; 82, 274; 88, 21; Recht 08, 197; Recht 13, Nr. 2407, Recht 14, Nr. 2225; OLG. 36, 92; OLG. 24, 398; OLG. 30, 125.*

Wir müssen nun bei der Behandlung der 2. Begriffsvoraussetzung der G.o.A. noch die Bedeutung der Wortes für einander darlegen. Wir glauben daraus entnehmen zu können, daß es genügt, wenn der G.F. das Bewußtsein hat für irgend einen G.H. tätig zu sein. Es ist also nicht nötig, daß der g. die Person des d. genau kennt (siehe Recht 09 Nr. 661, OLG. 12. S. 271; OLG. 28. S. 205). Besonders wichtig ist dies bei dem in dringenden Fällen erforderlichen Eingreifen des Arztes, wie Holz J. W. 14, 1124 zeigt. Es genügt somit subjektive Bestimmbarkeit des G.H. Aber dieses Bewußtsein und der Geschäftsführungswille des G.F. hat bei den beiden oben behandelten Arten von Geschäftsführungen in dieser Frage einen verschiedenen Umfang. Während bei der sogenannten objektiv fremden G.F. ein bloßer Blankettwille des G.F. ausreichend ist, damit ein gültiger a.a.n.g. vorliegt, z. B. der Mieter handelt, indem er Verwendungen auf die Mietsache macht für den jeweiligen Inhaber des Grundstückes (siehe dazu OLG. 27, S. 160), muß bei der subjektiv fremden G.F. der Geschäftsführungswille etwas bestimmter sein, da wir ja sahen, daß er allein die obl. neg. g. erst zur Entstehung bringt. Aber die Willensrichtung des Geschäftsführers braucht sich auch hier nicht auf eine ganze bestimmte Person zu beziehen, es genügt ein alternativer ja sogar ein bloß genereller Geschäftsführungswille, z. B. der Rektor eines Gymnasiums wird benachrichtigt, daß ein neuer Lehrer an seine Anstalt versetzt würde, ohne daß vom Ministerium bereits eine genaue Auswahl des Kandidaten vorgenommen wurde; hier genügt es, wenn der Rektor auftragslos ein Zimmer mietet für den Herrn, der eben die Berufung an die Schule erhält. Daraus, daß bei beiden Arten von Geschäftsführungen bloße subjektive Bestimmbarkeit genügt, ergibt sich ohne weiteres, daß auch ein Irrtum über die Person des G.H. unwesentlich ist.[46] Ebenso sagt dem Sinn nach § 686 BGB. Wenn der G.F. mit einem bloß alternativen oder generellen Geschäftsführungswillen tätig geworden ist, so ist § 686 weiter nicht auffällig; wenn aber der G.F. für eine ganz bestimmte Person tätig werden sollte, so wird dennoch auffallenderweise nicht dieser gewollte d. zum G.H. sondern der wirkliche G.H. wird berechtigt und verpflichtet.[47] Was

---

[46] *cf. D. 3, 5, 5, 1 und D 3. 5, 5, 10; ferner D. 3, 5, 44, 2; siehe auch M. II 856; § 757 E I, vgl. dazu Kohler S. 67.*

[47] *Es liegt hier also trotzdem neg. g. vor, obwohl der g. gegenüber dem wirklichen d. gar nicht Geschäftsführer sein wollte.*

bedeutet nun das Wort „wirklich"? Auch hier müssen wir die zwei Arten von Geschäftsführungstätigkeiten wohl unterscheiden. In der Regel wird ein Irrtum über die Person des G.H. nur bei den objektiv fremden Geschäftsführungen vorkommen. Hier ist dann der wirkliche, der wahre G.H. der, auf den die Fremdwirkung ausgeübt wird; es genügt eben, wie Heck a.a.O., S. 359 richtig sagt, eine objektive Interessenförderung. Schwierig ist es bei den subjektiv fremden Geschäftsführungen den wirklichen G.H. zu finden. Nehmen wir den Fall: X weiß, daß sein Freund A. Münzsammler ist; auf einer Geschäftsreise kann X einige wertvolle Münzen auf einer Versteigerung zu einem günstigen Preise erstehen. Er wollte damit für seinen Freund A tätig werden; X weiß eben nicht, daß A unterdessen seine Sammlertätigkeit aufgegeben und seine Sammlung an Z veräußert hat. Soll nun Z von X, der doch nur aus reiner Freundschaft für A gehandelt hat, die Münzen nach §§ 681, 667 herausverlangen können? Die herrschende Lehre bejaht dieses unbillige Ergebnis. Mir scheint jedoch die Lösung Isays S. 84 ff. besser zu sein; nach ihm ist bei dieser Art von Geschäftsführungen wirklicher G.H. der, den der Geschäftsführer bei Kenntnis der Sachlage als solchen gewollt haben würde. (In diesem Sinn findet sich „wirklich" in § 98 E. I.). Stellt man diese fingierte Kenntnis des G.F. in den Vordergrund, so lassen sich zwei Möglichkeiten denken: wollte der g. aus rein persönlichen, freundschaftlichen Gründen für eine bestimmte Person handeln, so ist wirklicher G.H. der, zu dem der G.F. eben in dieser näheren persönlichen Beziehung stand, zur Zeit der Gestion. Kommt es dem G.F. dagegen mehr auf eine Eigenschaft eines Geschäftsherrn zu einem bestimmten Gegenstand an (z. B. die Eigenschaft eines Münzensammlers), so ist wirklicher G.H. der Träger dieser Eigenschaft im Augenblick der G.F.[48]

Neben dieser unschädlichen subjektiven Ungewißheit — ein Geschäftsherr ist zwar schon vorhanden, aber der Geschäftsherr kannte ihn nicht genau, oder irrte sich über seine Person — kann auch eine objektive Unsicherheit bezüglich des Geschäftsherrn vorliegen, z. B. es werden Geschäfte für jemanden geführt, von dem es noch ungewiß ist, ob er überhaupt G.H. sein kann: der G.H. existiert

und gegenüber dem gewollten d. keine Geschäfte geführt werden. Beachtenswert ist hier besonders diese eigenartige Wirkung des Irrtums, die von den §§ 119 ff. völlig abweicht.

[48] *Dieser Ansicht Isays hat sich besonders Leonhard a. a. O. 44, S. 417 angeschlossen. Aehnlich auch Oertmann zu § 686.*

rechtlich noch gar nicht (ist noch eine Leibesfrucht oder eine A.-G., die erst in der Entstehung begriffen ist, Recht 13 Nr. 2406). Vorausgesetzt, daß der G.H. später entsteht, liegt hier bereits von Anfang an trotz dieser Unsicherheit eine G.o.A., allerdings aufschiebend bedingt, vor; denn „ein anderer" im Sinn des § 677 ist jeder, soweit er vom Gesetz beachtet werden kann. (Brückmann a.a.O.)[49]

§ 5.

3. Fehlen eines Auftrags oder einer sonstigen Berechtigung.

Als letzte Voraussetzung für den Begriff der G.o.A. müssen wir nun noch das Moment der Auftragslosigkeit betrachten.[50] Ursprünglich hieß dieses n e g a t i v e Erfordernis „wer ohne Auftrag und ohne Amtspflicht" (§ 749 E. I.); die 2. Kommission lehnte aber diese Auffassung ab, da sie mißverständlich sein könne.[51] Die etwas präzisere Fassung des § 677 BGB. versteht „Auftrag" nicht im technischen Sinn, sondern in dem des gewöhnlichen Sprachgebrauchs, umfaßt also alle Geschäftsbesorgungsverträge. Aber selbst, wenn man „Auftrag" im technischen Sinn faßt, würden die übrigen entgeltlichen Geschäftsbesorgungsverträge aus der G.o.A. ausscheiden, weil „eine sonstige Berechtigung" darin enthalten ist. Ob man in dem Wort „Auftrag" das Moment des Verpflichtetseins oder Berechtigtseins in den Vordergrund stellt, ist praktisch gleich. Doch erscheint es mir, wie Lent 160 ff. nachgewiesen hat, wahrscheinlicher, daß der Gesetzgeber hier mehr das Moment der B e r e c h t i g u n g betonen wollte, wie schon aus der Gegenüberstellung „ohne Auftrag" und „s o n s t i g e Berechtigung" hervorgeht. G.o.A. liegt also nicht vor, wenn irgend eine Grundrelation für die Geschäftsführung vorhanden ist. Eine solche kann bestehen, darin: a) daß der g. zu dem d. in einem V e r t r a g sverhältnis steht, auf Grund dessen er zur Gestion ver-

---

[49] *So auch die herrchende Lehre und die Judikatur, z. B. Gruchot 33; 874; OLG. 12, 274 u. a.*

[50] *Mit Recht spricht hier Lent von einem n e g a t i v e n Begriffsmerkmal im Gegensatz zu den beiden bisher kennengelernten p o s i t i v e n Voraussetzungen, dem objektiven Moment der Fremdheit und dem subjektiven Moment: „Bewusstsein und Wille als Gestor" zu handeln.*

[51] *cf. Prot. II, 726 A. L. R. I, 13 § 228, Schweizer OR Art. 410 C. C. Art. 1372, Oesterr. BGB. 1035.*

pflichtet oder auch nur berechtigt ist (z. B. Auftrag, Dienst-, Werkvertrag: b) daß der Geschäftsführer tätig wird auf Grund einer gesetzlichen Pflicht oder einer gesetzlichen Berechtigung, z. B. der Vater handelt als gesetzlicher Vertreter für seine minderjährigen Kinder, der Ehemann als Verwalter des eingebrachten Gutes für seine Frau, die Ehefrau im Rahmen der Schlüsselgewalt für den Mann, der Konkursverwalter für den Gemeinschuldner, der Nachlaßverwalter für den Nachlaß, der Vorstand einer juristischen Person für diese. (Nimmt aber eine dieser Personen nach Wegfall der Grundrelation noch Handlungen für den Vertretenen vor, dann liegt G.o.A. vor; siehe dazu I. W. 10, 233 für das Verhältnis von Vormund und Mündel): c) daß eine Amtspflicht gegeben ist, z. B. der deutsche Konsul, der den Nachlaß eines Deutschen im Ausland in Besitz nimmt und verwaltet (M. II, 856 f): d) daß es aus einem sonstigen Grund an der Auftragslosigkeit fehlt, z. B. ich habe von jemand ein Buch entliehen; durch meine Unvorsichtigkeit wird es beschädigt. Ich lasse es neu binden; hier habe ich nicht auftragslos gehandelt, sondern auf Grund der mit dem Leihvertrag ipso iure verbundenen Sorgfaltsverpflichtung.

Nicht zu verwechseln mit dem Begriff der Auftragslosigkeit ist der der fehlenden Vertretungsmacht: so kann z. B. ein Prokurist, der nach §§ 49, 50 HGB. eine sehr weitgehende Vertretungsmacht hat, oder ein Handlungsbevollmächtigter, der nicht auch zugleich Handlungsgehilfe ist, trotzdem gestor sein, wenn er im Innenverhältnis keine dementsprechende Geschäftsführungsbefugnis hat. Nicht identisch mit diesem kurz skizzierten Begriff der Auftragslosigkeit ist die Eigenmächtigkeit des Handelns. Wenn auch Menschenhilfe praktisch sehr oft so geübt wird, daß man spontan von sich aus die Interessen eines andern wahrnimmt, so liegt doch auch G.o.A. vor, wenn der Anstoß und die Anregung für die G.F. von außen, ja sogar vielleicht vom G.H. selbst kommt.

Es fragt sich nun, ob auftragslose Geschäftsführung auch dann vorliegt, wenn zwar objektiv eine Grundrelation für das Handeln nicht gegeben ist, der g. aber aus irgendwelchen Gründen eine solche irrtümlich annimmt, z. B. der G.F. hat den G.H. falsch verstanden; nicht er, sondern ein Dritter hätte den Auftrag zum Tätigwerden bekommen. Außer diesen Fällen der irrtümlichen Annahme einer Grundrelation gehört hierher auch der Fall, daß der g. mit dem d. tatsächlich einen Vertrag geschlossen hat, der aber z. B. infolge Geistes-

krankheit des G.H. nichtig ist[52] (cf. Recht 09 Nr. 2938). Im Gegensatz zur herrschenden Lehre[53], die ohne weiteres bei irrtümlicher Annahme einer Berechtigung die Regeln der G.o.A. anwendet, bei irrtümlicher Annahme eines Verpflichtungsverhältnisses aber G.o.A. verneint, glauben wir für diese beiden Arten ein einheitliches Ergebnis finden zu können. Wir brauchen nur zu prüfen, ob die drei Begriffsmerkmale der G.o.A., wie wir sie bisher kennen gelernt haben, vorliegen. Auftragslosigkeit liegt wenigstens objektiv vor und nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes muß dies genügen. Auch eine Geschäftsbesorgung im obengenannten Sinn ist gegeben; entscheidend für die Abgrenzung ist somit das subjektive Moment des Geschäftsführungswillens. Wollte der G.F außer dem irrtümlich als bestehend angenommenen Verpflichtungsverhältnis auch noch die Interessen des G.H. in sonstiger Weise wahren — das läßt sich z. B. daran erkennen, daß er besondere Aufwendungen gemacht hat, daß er bei der Art und Ausführung der Geschäftsführung besonders sorgfältig zu Werke gegangen ist —, so hindert diese irrtümliche Annahme einer Grundrelation das Vorliegen einer G.o.A. nicht. Wollte dagegen der G.H. nur seiner Verpflichtung, seiner Berechtigung nachkommen (bei dem Vorliegen eines Verpflichtungsverhältnis spricht wohl eine Vermutung dafür), so liegt kein Grund vor, ihn als auftragslosen G.F. zu behandeln, nur deshalb, weil er sich geirrt hat oder weil der Vertrag nachträglich aus irgend einem Grunde sich als nichtig herausgestellt hat. Selbstverständlich haben die Normen der G.o.A. auch überall dort auszuscheiden, wo für diese Rechtslage Spezialregeln eingreifen, z. B. §§ 729, 1424, 1682, 1893, 2218. Unrichtig ist es schließlich m. E. auch deshalb regelmäßig die §§ 677 ff. abzulehnen, weil der G.F. hier nie von sich aus spontan tätig wurde, sondern auf Grund eines äußeren Anstoßes. Wir sahen schon, daß es unrichtig ist auf das Moment der Eigenmächtigkeit des Handels abzustellen. Kommen wir so nun zum Er-

---

[52] *Auch die Römer kannten schon solche Fälle, wie D. 3, 5, 3, 10; D. 3, 5, 6, 2; D. 3, 5, 18, 2; C. 2, 18, 6 zeigen.*

[53] *cf. Staudinger und Planck zu § 677; OLG. 36/94, Gruchot 52/1002.*

[54] *So nur Lasker S. 42 ff.; er versteht unter Auftragslosigkeit so viel wie freiwilliges Eingreifen. Da es daran hier fehlt, behandelt er den G. F. hier ebenso wie jemand, der mit einem Geschäftsunfähigen — den er nicht als solchen erkannte — kontrahiert hat und beschränkt den g. daher auf unsichere Bereicherungsansprüche.*

gebnis, daß hier trotzdem G.o.A. vorliegt, so müssen wir noch fragen: soll z. B. der G.F., der für den G.H. auf Grund eines nichtigen Verwahrungsvertrages eine Sache aufbewahrt, die aber infolge einer leichten Fahrlässigkeit des G.F. zerstört wird, nun nach dem milderen § 690 (ähnlicher Fall bei § 708 BGB.) als Vertragsgegner haften oder nach den §§ 677 f. als auftragsloser G.F.? An sich scheinen Planck, Staudinger u.a. hier ganz logisch zu entscheiden, wenn sie den g., da ja G.o.A. vorliegt, auch nach den strengeren Geschäftsführungsregeln haften lassen. Mir erscheint aber diese Entscheidung doch unbillig zu sein; m. E. wäre es hier besser darauf abzustellen, — und an sich ist dies ja möglich, weil dieser Fall im Gesetz nicht geregelt ist (M. II. 1866) — — ob der G.F. schuldhaft das Vorliegen der Grundrelation annahm oder nicht. Nur in ersterem Falle würde ich dann nach dem unser BGB. ja beherrschenden Verschuldungsprinzip die strengere Haftung nach § 677 f. eintreten lassen.

Es schließt sich ferner eine andere bekannte Streitfrage an. Kann man auch dann noch von einer G.o.A. sprechen, wenn der G.F. bei seiner Tätigkeit eine vertragliche oder gesetzliche, Berechtigung oder Pflicht erfüllt, dabei aber zugleich noch irgendwie in die Interessenssphären eines Dritten (wir nennen ihn D.) eingreift? Solche Fälle kommen praktisch sehr oft vor, z. B. ein Student mietet sich in einer Universitätsstadt ein; kann der Vermieter, wenn der Student seine Miete nicht zahlt, sich eventuell an dessen Eltern halten? Oder, der Kirchenpatron läßt pflichtgemäß die Kirche ausbessern, die ein Dritter schuldhaft in Brand gesteckt hat; oder jemand ist in einem Hotel abgestiegen und erkrankt plötzlich. Der Wirt holt den Arzt. Kann der Wirt sich an die unterhaltspflichtigen Angehörigen des Kranken halten, wenn er von dem Arzt auf Zahlung in Anspruch genommen wird?[55] Oder kann der bei einem Unglücksfall zu Rate gezogene Nichtkassenarzt auch Ansprüche gegen die betreffende Krankenkasse, bei der der Verunglückte versichert ist, geltend machen; kann sich der von einer Gemeinde beauftragte Arbeiter, der bei Schneefall die Straßen reinigt und der nun, da sich ein Hauseigentümer weigert, den Schnee vor seinem Hause wegzuräumen, mit der Ersatzvornahme betraut wird,

[55] *Verwechsle damit nicht den in der Literatur häufig erwähnten Fall, wo der Wirt garnicht selbst mit dem Arzt kontrahiert, oder wo der Arzt aus irgendwelchen Gründen nicht mit dem Hotelier kontrahieren will.*

auch an den pflichtvergessenen Hauseigentümer halten, da er eigentlich seine Geschäfte geführt hat?[56] Entscheidend ist bei dieser Problemstellung immer nur, daß der G.F. eine eigene Pflicht erfüllt, dabei aber gleichzeitig noch die Interessen eines Dritten wahrnimmt. Die zu beantwortende Frage lautet daher: Kann z. B. der Arzt, der Vermieter, der Unterhaltspflichtige außer den ihm ohne Zweifel zustehenden vertraglichen Rechten und Pflichten **auch noch** die Rechtsstellung eines auftragslosen G.F. für sich in Anspruch nehmen? Das ist für ihn deshalb von größter Bedeutung, weil er sich eventuell an den vermögenden D. halten kann, wenn von seinem armen Vertragspartner nichts zu erlangen ist (es liegt hier ein Fall der unechten Gesamtschuldnerschaft vor). Wir müssen auch hier wieder prüfen, ob die drei Begriffsmerkmale einer G.o.A. vorliegen. Die erste und dritte Voraussetzung sind ohne weiteres erfüllt. So enthält besonders die Berechtigung oder Verpflichtung gegenüber dem Vertragsgegner tätigwerden zu dürfen oder zu müssen, kein Hindernis um eventl. auch die Ansprüche eines auftragslosen Geschäftsführers zu haben. Denn das Gesetz sagt im § 677 ja ausdrücklich „ohne **von ihm** beauftragt oder **ihm** gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein." (Siehe dazu Brückmann S. 56.) Die Lösung unseres Problems ergibt somit wieder das zweite Begriffsmerkmal und zwar besonders dessen subjektive Seite. Wir müssen fragen, wollte der G.F. zugleich auch die Interessen des D. wahrnehmen? Schon in den Gesetzesmaterialien ist hier auf das subjektive Moment abgestellt, wie M. II. 869 und Prot. II 741 ergeben. Auch die herrschende Lehre nimmt heute einstimmig an, daß in solchen Rechtslagen grundsätzlich eine G.o.A. gegenüber D. **in** Betracht kommen kann.[57] Praktisch werden allerdings hier selten die Ansprüche aus § 683 f. in Betracht kommen; es wäre ja auch kein Grund einzusehen, warum der Handelnde gerade hier besonders viele Ansprüche erwerben sollte. Also der G.F. muß zugleich den Willen gehabt haben für den D. zu handeln; **das Vorliegen des a.a.n.g. ist somit entscheidend**;(J. W. 03, Beilage 141). And. A. eigentlich nur

---

[56] *Diese Fragen behandelt neuerdings Grau in der Gedächtnisschrift für Seckel (sogen. Durchgriff); siehe auch L. Z. 18/993; L. Z. 20/149.*

[57] *Ebenso z. B. Planck, Staudinger, Oertmann; cf. OLG. 34, S. 66; ebenso schon das gemeine Recht z. B. Brinz, 651; Kohler a. a. O. 75 ff.; Windscheid-Kipp § 431; v. Vangerow 518ff.; S. A. 8 Nr. 258.*

Heck § 120; ob aber der G.F. schon entgolten ist, hat es mit einer ganz anderen Frage zu tun, nämlich mit der des Ersatzanspruches des G.F. Aber der richtige Kern dieser Ansicht steckt wohl darin, daß überall dort, wo eine „vollvergoltene Interessenwahrung" vorliegt, eine Vermutung dafür spricht, daß der G.F. nur seine Vertragspflichten erfüllen wollte und nicht zugleich im Interesse des D. tätig werden will. Einen zweiten Anhaltspunkt dafür, ob gegenüber D. eine G.o.A. vorliegt, kann auch wieder der Gesichtspunkt abgeben, ob der g. genau den Weisungen seines Vertragsgegners nachgekommen ist (hier ist er dann bloß Vertragskontrahent seines Auftraggebers; er ist hier nur sein Gehilfe, sein Werkzeug und kommt dann in keinerlei Rechtsbeziehungen zu D.) oder ob er noch besondere Aufwendungen im Interesse des D. gemacht hat.[58] A.A. ist eigentlich nur Dernburg S. 43 (ähnlich Josef, Gruch. 59/998), der immer G.o.A. zwischen G.F. und D. eintreten läßt, ohne Rücksicht auf den Geschäftsbesorgungswillen des G.F.; er begründet das damit: „§ 760 E.I. sei mit Recht gestrichen worden, da man sich im Leben über derartige Dinge keine Gedanken macht." Daß diese Begründung vielleicht tatsächlich sehr oft zutrifft, mag richtig sein, aber rechtlich ist diese Entscheidung wohl kaum einwandfrei.[59]

Hier anschließend sei noch auf einen Fall kurz hingewiesen, der schon öfters in der Literatur behandelt wurde. Wie steht die Rechtslage, wenn eine Ehefrau ohne Wissen ihres Ehemannes einen Arzt zu ihrer Behandlung heranzieht? Kann der Arzt sich an den Mann, an die Frau oder an beide halten? Für den Arzt besteht an dieser Frage deshalb wieder ein großes Interesse, weil eventl. die Frau weder Vorbehaltsgut noch eingebrachtes Gut hat, der Mann dagegen ein hohes Einkommen bezieht.[60] Ohne weiteres lassen sich diese Fälle lösen, wenn man mit § 1357 BGB. arbeitet und die Zuziehung des Arztes unter den häuslichen Wirkungsbereich einer Ehefrau fallen läßt: daraus folgt ohne weiteres nach § 164,

---

[58] *So auch die herrschende Lehre z. B. RG. 82/214. cf. J. W. 09/137; J. W. 10/389; Recht 10, Nr. 1583; Warn. Rechtspr. 09 Nr. 86.*

[59] *vgl. noch J. W. 10/186; RG. 77/193; J. W. 11/992; J. W. 12/81; RG. 98/195; Recht 07 Nr. 2011; RG. 75/283.*

[60] *cf. Brückmann, J. W. 06/78 ff.; Wittkowski J. W. 02/ Warnatsch, D. J. Z. 03/245; Ullmann J. W. 05/520; Ebermayer J. W. 29/ 2. Hälfte, S. 2219; siehe Staudinger zu § 1360 J. W. 29/2242; J. W. 30/1562 ff., Ebermayer: Der Arzt im Recht S. 72.*

daß der Mann allein der Berechtigte und Verpflichtete aus dem abgeschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag ist. Aber die Anwendung des § 1357 dürfte wohl in den meisten Fällen auf praktische Schwierigkeiten stoßen: denn die Herbeiziehung eines Arztes wird in den meisten Familien nicht etwas so Alltägliches sein, daß man von einem häuslichen Wirkungsbereich hier sprechen könnte. Wollte man dies aber auch bezweifeln, so wäre § 1357 sicherlich dann nicht anwendbar, wenn die Ehegatten getrennt leben und damit die Hausgemeinschaft aufgelöst ist. Ferner wird es in der Regel doch so sein, daß die Frau mit dem Arzt im e i g e n e n Namen kontrahiert, was wohl ohne weiteres das Höchstpersönliche, das Vertrauensmäßige des Arztvertrages ergibt. Die richtige Lösung dürfte m. E. die sein, daß der Arzt sich an die Frau selbst halten kann — sofern sie nicht ausdrücklich und rechtzeitig erklärt hat, sich nicht verpflichten zu wollen — eben weil die Frau in der Regel selbst Vertragskontrahent sein will, daß der Arzt aber a u ß e r d e m auch noch die Ansprüche eines auftragslosen G.F. gegen den Mann erheben kann, wenn er — was wohl die Regel sein wird — gegenüber ihm den Willen hat, G.F. zu sein; denn dann wird zugleich auch ein Geschäft des Mannes geführt, da ja die Arztkosten auch unter § 1360 fallen.[61] Und selbst ein Widerspruch des Mannes gegen Beiziehung des Arztes wäre rechtlich bedeutungslos, wie § 679 ergibt, der später noch zu behandeln sein wird. Nicht in Anspruch genommen werden kann der Ehemann aber dann, wenn die Ehefrau bei Beiziehung des Arztes über das die betreffende Familie entsprechende Maß hinausgeht; insoweit scheidet § 1360 BGB. aus, weil kein ‚Geschäft' des Mannes geführt wird. Analog zu behandeln ist der Fall, daß der Ehemann den Arzt für seine Frau in Anspruch nimmt.

Auch einen anderen hierher gehörenden Spezialfall müssen wir noch kurz behandeln. Ein öffentlicher Armenverband (heute Fürsorgeverband genannt) unterstützt einen Bedürftigen; kann sich der Fürsorgeverband schadlos halten an den unterhaltspflichtigen Verwandten desselben? Kann er sich ev. an den endgültig verpflichteten Fürsorgeverband mit seinem Ersatzanspruch wenden? Die herrschende Lehre schließt hier m. E. mit Recht die Regeln der

---

[61] *Dass die Arztkosten zur Unterhaltspflicht des Ehemannes gehören, war noch in den Motiven IV,* S. *124 ausdrücklich e-r wähnt, wurde aber von der Redaktionskommission als selbstverständlich gestrichen; siehe ferner OLG.* 26/217*; Josef K.G.Bl. 15, S. 65.*

G.o.A. aus.[62] Da dieses Problem aber eigentlich ins öffentliche Recht gehört, zudem auch in der Reichsverordnung über Fürsorgerecht §§ 21 f. eine Spezialregelung getroffen ist, sei auf dieses Problem nicht näher eingegangen. Hier von einer erweiterten G.o.A. zu sprechen, ist aus dem schon erwähnten Gesichtspunkt und infolge der ratio legis des Art. 103 E. G. BGB. — der allerdings heute keine große praktische Bedeutung mehr hat, — verfehlt.[63]

Bisher betrachteten wir die Fälle, in denen der G.F. tätig wurde, auf Grund eines wirklichen oder vermeintlichen Verpflichtungsverhältnisses und dabei zugleich die Geschäfte eines Dritten führte. Jetzt wenden wir uns der Rechtslage zu, die entsteht, wenn der g. ganz aus freien Stücken tätig wird z. B. ein Arzt behandelt auf der Straße eine bewußtlosgewordene Ehefrau oder ein kleines Kind, einen Dienstboten, ein Krankenkassenmitglied; oder jemand verpflichtet sich während meiner Abwesenheit meinen Hund zu füttern; der Betreffende vernachlässigt seine Obhutspflicht und so füttert ein unbeteiligter Dritter, der Mitleid mit dem hungernden Hund hat, das Tier. Es erhebt sich hier die Frage, kann sich der Arzt an den Ehemann, an die Dienstherrschaft, an den Fürsorgeverband, an die Berufsgenossenschaft, kann sich der Tierfreund auch an den Eigentümer des Hundes halten? Man wird dies grundsätzlich — wenigstens soweit die Ansprüche des Arztes in Frage stehen — bejahen müssen, da ja in diesen Fällen der handelnde g. einen Blankettgeschäftsführungswillen haben wird; er will nur Menschenhilfe leisten und nicht etwa für einen ganz bestimmten G.H. tätig werden. Der G.F. hat daher hier nach richtiger Ansicht die Geschäftsführungsansprüche wahlweise gegen die verschiedenen G.H.[64]

Noch eine weitere Frage gehört in diesen Zusammenhang. Der G.F. benötigt bei der Gestion für den G.H. noch irgendwelche Mittel; ein Dritter (wir nen-

---

[62] *Siehe über diese Frage die reiche Literatur, wie sie bei Oertmann, Staudinger und Planck angegeben ist; cf. ferner S. A. 63/60; OLG. 14/33; Mantey bei Gruch.* 42, S. *560; Schäfer ebenda* 41/230.

[63] *Es liegt hier m. E., soweit dem geschäftsführenden Armenverband Ersatzansprüche gegenüber dem endgültig Verpflichteten zustehen, eine cessio legis vor. (Problem des Durchgriffs, Weitergriffs!)*

[64] *cf. Brückmann a. a. O. 58; S. A. 63 Nr. 43; S. A.* 66/230; *OLG.* 18/22; *Gruchot* 52/997 *ff.; Jahrb. des deutschen Rechts Bd. 4 zu § 679 Bd. 5 zu § 687 Bd. 9 zu § 677.*

nen ihn M.) gibt sie ihm.[65] Nehmen wir folgendes Beispiel an. Der Sturm zerstört die Fenster im Nachbarhaus, dessen Eigentümer eben verreist ist; ich lasse den Glaser kommen, der die nötigen Reparaturen vornimmt. Daß der auftragslose G.F. sich solcher Gehilfen bedienen kann, ist wohl selbstverständlich; denn sonst könnten viele Geschäftsführungen gar nicht zustande kommen, wenn der G.F. immer persönlich die nötigen Geschäfte vorzunehmen hätte. Auch § 681 kann dafür zum Beweis herangezogen werden, weil darin § 664, der eine solche Substitution ausschließt, nicht mitgenannt ist, der auftragslose G.F. hier also freier gestellt ist wie der Beauftragte. Der Unterschied gegenüber der bisher geschilderten Rechtslage besteht hier darin, daß der G.F. (nicht etwa der M.) in keinem Verpflichtungsverhältnis zu dem G.H. steht und daß außerdem M. auf Grund der Verpflichtung gegenüber seinem Vertragskontrahenten ebenfalls die Interessen des D. wahrnimmt. In den obigen Beispielen z. B. in dem Fall, wo der Kirchenpatron seiner Baulastpflicht nachkam, bestand zwischen ihm und dem G.H. bereits ein Verpflichtungsverhältnis. Hier dagegen handelt G. gegenüber D. bereits als auftragsloser G.F. und es erhebt sich nur die Frage, ob auch M. als auftragsloser G.F. gegenüber dem G.H. tätig geworden ist. Wäre die Grundrelation, die zwischen dem G.F. und M. besteht (in unserm Fall ein Werkvertrag ungültig, dann müßten wir hier eventl. drei verschiedene Geschäftsführungen o.A. unterscheiden: zwischen g. und d.; zwischen g. und M.; zwischen M. und d.[66] Dieser grundsätzlichen Bejahung der n.g. zwischen M. und d. können wir nicht beistimmen. Denn ganz gleich, ob das Verpflichtungsverhältnis zwischen G. und M. gültig ist oder nicht, kann trotzdem wieder nur der a.a.n.g. dafür entscheidend sein, ob M. bei Erfüllung seiner wirklichen oder vermeintlichen Verpflichtung zugleich auch als auftragsloser G.F. des d. gehandelt hat. Nur in diesem Fall kann M. die Ansprüche aus §§ 683 ff. gegenüber d. geltend machen.

---

[65] *Nach strafrechtlichen Begriffen könnte man hier von Beihilfe sprechen; Swoboda S. 136 spricht hier für das Zivilrecht zutreffend: von „Mitgeschäftsführern"; cf. auch Lent a. a. O., S. 147 ff., der dieses Problem eingehend behandelt,*

[66] *CC. 1778 nimmt hier immer n. g. zwischen M und d an; ebenso Cosack a. a. O. aus Billigkeitsrücksichten.*

Abschließend müssen wir noch die Rechtslage betrachten, die sich ergibt, wenn zwischen dem Handelnden und dem, dessen Geschäfte wahrgenommen wurden, ein Verpflichtungsverhältnis besteht, der G.F. aber davon abweicht oder es sogar verletzt.[67] Setzen wir folgenden Fall: ich schließe mit einem Handwerker einen Vertrag, wonach er eine meiner Sachen reparieren soll und zwar wegen eines ganz bestimmten Mangels; bei der Ausbesserung merkt aber der Handwerker, daß auch verschiedene andere Stellen der Sache noch einer Reparatur bedürfen und nimmt diese daher ohne mein Wissen ebenfalls vor. Oder ich beauftrage meinen Freund, mir 100 Aktien einer bestimmten Gesellschaft zu kaufen; er besorgt aber 200, oder er kauft sie zu einem niedrigeren Kurs, oder er erwirbt Aktien einer anderen A.G., die einen ähnlichen Kurs haben. Oder ich gebe jemandem meine Sache zur Verwahrung; da sich eine günstige Verkaufsgelegenheit bietet, nützt er diese in meinem Interesse aus. Man könnte hier zunächst geneigt sein, die G.F. des Handelnden, wenigstens dort, wo es sich um eine Überschreitung der Quantität oder Qualität handelt, in zwei Teile zu zerlegen und nur für den überschießenden Teil die Regeln der n.g. anzuwenden. Dadurch würde aber ein einheitlicher Tatbestand in zwei Teile zerrissen, was weder dem Parteiwillen entspricht, noch mit der gewollten Rechtslage in Einklang zu bringen ist. Abgesehen davon bleibt für die Entscheidung derartiger Rechtsfälle eine doppelte Möglichkeit. Man kann trotz der vorliegenden Abweichung oder Verletzung des Vertrages immer noch die Vertragsregeln zur Anwendung bringen, da an sich der Vertrag ja immerhin noch bestehen bleibt und nur eine mangelhafte- oder Schlechterfüllung vorliegt. Die Gegenansicht geht davon aus, daß sich der G.F. mit dem Vertragsbruch, mit dem Abweichen vom Vertrag freiwillig außerhalb des Vertrages gestellt hat, sodaß die Rechtslage auch nicht mehr nach Vertragsgesichtspunkten geregelt werden darf; daß in beiden Fällen die praktischen Rechtsfolgen ganz verschiedene sind, versteht sich von selbst. Wenn wir nun ganz kurz zu diesen beiden Ansichten Stellung nehmen wollen, so gehen wir dabei am besten von dem Wort „Abweichung" aus. Von einem Vertrage abweichen, kann schon nach dem gewöhnlichen

[67] *Natürlich wird hier vorausgesetzt, dass ein genau umgrenzter Vertrag vorliegt. Ist nämlich dem Handelnden ein Spielraum gelassen bei der Ausführung, so kann man überhaupt nicht von einer Verletzung des Vertrages sprechen.*

Sprachgebrauch nur der, der noch in Anlehnung d.h. noch im innern Zusammenhang mit der Grundrelation tätig wird. Der G.F. muß also noch innerhalb des Vertrages bleiben, darf nicht solche Handlungen vornehmen, die gar keine innere Beziehung mehr zum Vertrage haben. Nur in diesem Fall z.B. der Handelnde kauft statt 100, 101 Aktien, kommen noch die gewöhnlichen Vertragsregeln zur Anwendung. Die §§ 677 ff. scheiden bei dieser Rechtslage schon deshalb aus, weil der betreffende g. ja gar keinen Geschäftsführungswillen hat. Er will hier nur seiner Vertragsverpflichtung nachkommen. Daß dies die Ansicht des Gesetzgebers war, geht auch aus § 665 hervor, der einen ähnlichen Fall im Auftragsrecht behandelt. Ist dagegen der Zusammenhang mit dem ursprünglichen Vertrag fast vollkommen gelöst, dieser Vertrag sogar schroff verletzt, z. B. der G.F. kauft statt der Aktien A. solche der Gesellschaft B., oder der zur Verwahrung übergebene Gegenstand wird ohne mein Wissen veräußert, so finden die Regeln der G.o.A. Anwendung, da hier der Vertrag nur der äußere Anlaß, das Motiv zum Handeln des G.F. abgab. Es entspricht hier m.E. auch der Billigkeit, daß der g. die strengen Erfordernisse, besonders des § 683 erfüllen muß.[68]

§ 6.

II. Wesen und Rechtsnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag.

Wir haben in den bisherigen Paragraphen den Begriff der G.o.A. erläutert. Bevor wir nun die Rechtsstellung des G.F. im einzelnen betrachten, müssen wir zuerst auf die Rechtsnatur unseres Instituts eingehen. Aus welchem Grunde treten die Rechtswirkungen bei der Geschäftsführung ohne Auftrag ein? Geschieht dies deshalb, weil der g. will, daß diese Wirkungen entstehen, weil er also diesen Erfolg beabsichtigt oder nur deshalb, weil es das Gesetz so anordnet? Die Römer taten sich hier leicht, da sie ja obligationes quasi ex contractu kannten (auch der C.C. spricht in diesem Zusammenhang von quasi contrats). Aber diese Auffassung wurde schon im gemeinen Recht als wissenschaftlich wertlos aufgegeben, weil damit über das

[68] *Wie weit mit diesen Geschäftsführungsansprüchen event. noch andere Ansprüche aus dem ursprünglichen Vertrag oder aus Delikt konkurrieren können, siehe bei Lent S. 165 ff.; die Einzelheiten darüber gehören nicht in unsere Abhandlung.*

Wesen dieses Obligationstypus nichts gesagt ist.[69] Im gemeinen Recht suchte man die Rechtsnatur der Geschäftsführung o.A. daher anders zu ergründen, indem man vor allem mit den verschiedensten Fiktionen arbeitete[70] — was sicherlich kein Fortschritt gegenüber der römischen Auffassung war. — Mit Recht sagt zu diesen Fiktionstheorien Sturm a.a.O. S. 3 ff., daß diese Fiktionen wissenschaftlich unfruchtbar seien; denn aus einer Scheinwahrheit könne keine Wahrheit gefolgert werden; nur aus einem wirklichen Vertrag könne man Rechtsfolgen herleiten, aber nicht aus einem fingierten. Andere Schriftsteller, wie z. B. Kohler halten es überhaupt für unnötig die Rechtsfolgen aus der G.o.A. auf ein höheres Prinzip zurückzuführen.[71] In neueren Gesetzgebungswerken versuchte man das Wesen unseres Instituts dadurch etwas mehr zu veranschaulichen, daß man die G.o.A. unmittelbar an den Auftrag anschloß, so z. B. E. II, Schweizer O.R. und das BGB. In der neueren Literatur werden alle diese obengenannten Konstruktionen abgelehnt, da man heute Rechtswirkungen nur auf zweierlei Weise eintreten läßt, entweder ex voluntate oder ex lege. Es lautet also heute die Problemstellung: Ist die G.o.A. eine Rechtshandlung oder ein Rechtsgeschäft? Allerdings ist der Begriff „Rechtshandlung" sehr bestritten. Man hat eben mit Recht erkannt, daß ein solcher einheitlicher Begriff für die verschiedenen im BGB. genannten Rechtshandlungen z. B. Wohnsitzbegründung, Spezifikation, Mahnung wenig Wert hat. Man hat daher die verschie-

[69] *cf. Zimmermann, stellvertretende . . . S. 9 und die dort Genannten; ferner Dernburg Pand. II, S. 16; der den farblosen Begriff der Qu. K. ebenfalls ablehnt; bes. unter Hinweis darauf, dass die verschiedenen Obligationen, die unter diesen Begriff subsumiert werden, zu grosse Verschiedenheit untereinander aufweisen; dass auch die Verfasser des BGB. dieser Ansicht waren, zeigt die Begründung, mit der § 756 E. I. gestrichen wurde.*

[70] *Leist S. 164; Monroy a. a. O, Kritz, P. R. I, 394 lassen die Ansprüche aus einer fingierten Willensgemeinschaft entspringen; Ogonowski 104 aus einem fingierten richterlichen Vertrag; Dankwardt 26 und Chambon 61 ff. fingieren ein Mandat; schliesslich sei noch auf Ruhstrat Arch. f. ziv. Pr. 32/191 ff. verwtesen, der den „wenn auch nicht zum Bewusstsein gekommenen Willen" des G.H. als tieferen Grund der obl. n. g. ansieht und diesen mit dem Willen d. G.F. zu einer vertragsmässigen Einigung durch Fiktion kommen lässt; in einer späteren Schrift setzte er an die Stelle dieses eigenartigen Willens das Interess an der G.F.*

[71] *m. E. ist es von geringer Bedeutung für die Begründung der G. o. A. von „vertragsähnlichen Forderungsrechten" (so Windscheid § 430) oder „von Schuldverhältnissen, die aus anderen Gründen entstehen" (E. I) zu sprechen.*

densten Einteilungen bei dem Begriff der Rechtshandlungen gemacht; verwiesen sei nur auf die bekannte Vierteilung, die Manigk für unseren Begriff vorgenommen hat oder die noch bekanntere Zweiteilung von Enneccerus: in Mitteilungen und geschäftsähnliche Handlungen. Für unsere Abhandlung ist dabei nur soviel von Wichtigkeit, daß der Begriff „Rechtshandlung" nicht etwa deshalb ausgeschlossen ist, weil außer dem tatsächlichen Tätigwerden noch ein Willensmoment vorliegt. So versteht Enneccerus unter „geschäftsähnlichen Handlungen" solche Tätigkeiten, die eine Äußerung eines Willens enthalten, der aber nicht auf einen Rechtserfolg gerichtet zu sein braucht. Und ebenso kennt Manigk unter den Rechtshandlungen eine Unterart, bei denen sich der Tatbestand nicht mit der Realisierung eines äußeren Erfolges erschöpft, sondern bei denen das Gesetz außerdem noch eine innere Tatsache irgendwelcher Art verlangt. Wie die bisherige Darlegung des Begriffes der G.o.A. wohl ohne weiteres ergibt, fällt unter diese Art von Rechtshandlungen — wir können sie vielleicht Rechtshandlungen im engerem Sinne nennen — auch unser Institut.[72] Wir wollen unsere Ansicht in diesem Punkt kurz damit begründen, daß wir die Hauptargumente unserer Gegner — in Betracht kommt hier besonders Endemann a.a.O. § 178, dem sich Baring a.a.O. Bd. 14, S. 532 ff. angeschlossen hat — zu widerlegen versuchen. Zunächst behauptet End.: Unser Institut sei deshalb unter die Rechtsgeschäfte zu rechnen, weil ja der Begriff der G.o.A. einen Geschäftsführungswillen enthält, nämlich den obengenannten a.a.n.g. Aber das ist kein Argument gegen unsere Ansicht, da wir ja sahen, daß für die Rechtshandlungen im engeren Sinn gerade ein Willensmoment charakteristisch ist; nur verwechselt m. E. End. dieses Willensmoment mit dem für Rechtsschäfte ausschlaggebenden Erfolgswillen; ein solcher aber braucht und wird in der Regel bei der G.o.A. nicht vorliegen; denn wenn auch der g. an die Rechtsfolgen, die sich an sein Tun knüpfen, gar nicht denkt, ja sie vielleicht nicht einmal will, wie z. B. die Ersatzpflicht, treten sie trotzdem ein, eben ex lege. Einen zweiten Grund für die rechtsgeschäftliche Natur unseres Instituts glaubt End. in der Genehmigungsmöglichkeit des § 684 Satz 2 zu erblicken. Er sagt: Genehmigung kann sich nur

[72] *Auch die durchaus h. L. rechnet G. o. A. zu den Rechtshandlungen. Vgl. z. B. Planck, Oertmann zu § 677; Isay 104 ff.s Lent, S. 52 ff. und bes. die schon Manigk; Klein und Enneccerus.;*

auf Rechtsgeschäfte beziehen. Aber soll nicht auch hier eine analoge Anwendung für Rechtshandlungen möglich sein? Eine Begründung für seine Ansicht vermissen wir nämlich bei End. Auch sein drittes Argument ist wohl kaum durchschlagend. Er folgert nämlich aus dem rechtsgeschäftlichen animus recipiendi des § 685, daß unser ganzes Institut ein Rechtsgeschäft sein müsse; denn es sei unmöglich in einem nichtrechtsgeschäftlichen Institut mit einem rechtsgeschäftlichen Willen zu arbeiten. Mit Recht führt dagegen Manigk a.a.O. 531 ff., 684 ff. aus: der Ersatzwille des G.F. ist nur eine Voraussetzung für die actio n.g. contraria, hat aber nichts mit dem Wesen der G.o.A. zu tun. Übrigens sei es recht wohl möglich, daß ein rechtsgeschäftliches Moment in einem anders gearteten Rechtsinstitut sich finde. Ferner muß End. wohl selbst zugeben, daß die Verpflichtungen des G.F. ex lege entstehen, während er für die Ansprüche des g. dessen Willen entscheidend sein läßt sich bei dem G.H. zu erholen, — sicher eine größere Inkonsequenz, als wenn die herrschende Lehre mit einem rechtsgeschäftlichen Willen bei einer Rechtshandlung arbeitet. Ferner übersieht End., daß der G.F. doch auch bei neutraler Willensrichtung Aufwendungsersatzansprüche hat, wofür dann End. eine Ausnahme von der rechtsgeschäftlichen Natur annehmen müßte. Und überall dort müßte dieses Argument versagen, wo der g. gar keine Aufwendungen gemacht hat und daher auch keinen Ersatzwillen haben kann. Schließlich ist aber auch das Hauptargument von End., das er aus § 682 entnimmt, nicht ganz eindeutig, wie besonders Lent a.a.O. S. 54 ff. treffend nachgewiesen hat. Nach End. soll die Ausnahmebestimmung des § 682 klar ergeben, daß die eigentlichen Rechtswirkungen unseres Instituts nur bei vollgeschäftsfähigen G.F. eintreten, also nur bei Vorliegen eines rechtsgeschäftlichen Willens, sodaß also Entstehungsgrund für eine echte obl. n. g. der rechtsgeschäftliche Wille des g. sein müßte. Diese Beweisführung dürfte an sich wohl richtiger sein, als die der h. L., die aus dem Wortlaut des § 682 „ist der Geschäftsführer . .“ entnehmen will, daß das Gesetz in § 682 auch nicht vollgeschäftsfähige g. kennt, sodaß für die Entstehung der Rechtsfolgen der G.o.A. nicht der rechtsgeschäftliche Wille wesentlich sein kann; damit übersieht aber m.E. die h.L. daß „Geschäftsführer“ hier nicht im technischen Sinn gemeint ist, wie sich ja klar aus der Sonderregelung der Rechtsstellung des G.F. ergibt. Ein weiteres Argument gegen End. in diesem

Punkte, würde sich finden lassen, wenn wir der — allerdings nur vereinzelt vertretenen Ansicht z. B. Matthias § 138 — folgen würden, daß die Regeln der Rechtsgeschäfte und damit auch die §§ 107 ff. auf die Rechtshandlungen im engeren Sinne nicht analog anzuwenden sind; dann ergäbe sich nämlich in § 682 die eigenartige Rechtslage, daß hier das Gesetz im Gegensatz zu allen anderen rechtsgeschäftlichen Erklärungen z. B. §§ 107, 179 keinen Unterschied macht bei der Handlungsweise von beschränkt Geschäftsfähigen mit und ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters; damit würde unser Gesetzgeber in § 682 für beschränkt Geschäftsfähige zugleich eine wichtige Ausnahme von den sonstigen Rechtsgeschäften geschaffen haben, während § 682 für die Gestion Geschäftsunfähiger nur etwas Selbstverständliches enthielte. Schon diese verschiedene Auslegungsmöglichkeit des § 682 zeigt, daß daraus keine sicheren Schlüsse für die Rechtsnatur der G.o.A. gezogen werden können. Zweifellos gegen End. spricht aber die ganz eigenartige Behandlung des Irrtums, wie wir sie in § 686 finden; denn während ein Irrtum bei rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen nur bewirken kann, daß infolge der Anfechtung der Erklärende nicht in Rechtsbeziehungen zu dem Erklärungsgegner tritt, ist die Folge des Irrtums in § 686, daß der g. ex lege unmittelbar in ein Rechtsverhältnis tritt mit jemand, den er gar nicht als G.H. wollte, ja den er vielleicht gar nicht gekannt hat. Außerdem sprechen aber gegen End. auch besonders die Gründe, die Manigk a.a.O. dargetan hat. So bieten sich End. wohl kaum zu lösende Schwierigkeiten in der Frage der Erklärung des Willens des G.F.; denn für jedes Rechtsgeschäft ist ja gerade charakteristisch ein geäußerter Erfolgswille; die G. o.A. könnte nach der sonstigen Regelung von Rechtsgeschäften, wie wir sie in unserem Gesetze finden, nur ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft sein.[73] Wie sollte denn diese Erklärung vor sich gehen, sollte sie gegenüber dem Dritten erfolgen, mit dem der G.F. kontrahiert hat? Sicherlich nicht, weil ja der G.F. auch als verdeckter Stellvertreter handeln kann, außerdem für die G.o.A. ja ein Kontrahieren mit einem Dritten gar nicht nötig ist, ferner der Dritte ja in der Regel auch garnicht Vertreter des eigentlichen Erklärungsgegners (des G.H.) sein will; ihn interes-

[73] *Ein nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft kann deshalb hier nicht in Betracht kommen, weil ja der Gesetzgeber dafür besonders strenge Formvorschriften aufgestellt hat (cf. Testament, Auslobung), an denen es aber hier in den §§ 677 ff. fehlt.*

siert ja nur die Rechtslage gegenüber seinem Vertragspartner, aber nicht die Frage, ob dieser noch zu einem G.H. irgendwelche Rechtsbeziehungen hat. Daß die Erklärung des G.F., die § 681 vorsieht, auch nicht die für die Entstehung der Obligation erforderte Erklärung des Geschäftsführungswillens ist, geht schon daraus hervor, daß in § 681 die Geschäftsführung bereits übernommen, die obl.n.g. bereits entstanden ist. Und schließlich gäbe es nach End. auch keine auftragslose G.F. gegenüber einem G.H., dessen Bestehen noch objektiv ungewiß ist; daß dadurch aber G.o.A. nicht ausgeschlossen wird, sahen wir schon oben. Alle diese Schwierigkeiten vermeiden wir dadurch, daß wir, wie oben dargetan, in dem a.a.n.g. einen rein natürlichen Geschäftswillen sehen, für den jedwede Kundbarmachung genügt. Wir sahen ferner, daß G.o.A. zu der Art von Rechtshandlungen gehört, die mit den Rechtsgeschäften, infolge des vorhandenen Willensmoments, große Ähnlichkeit hat; daraus ergibt sich, daß die meisten rechtsgeschäftlichen Normen, wie z. B. die Regeln über Stellvertretung, Irrtum, Betrug, Zwang, Einwilligung, Genehmigung, Nichtigkeit usw. analog angewendet werden können.[74]

B. 2. Abschnitt: Die normale Rechtsstellung des auftragslosen Geschäftsführers.

I. Die einzelnen Ansprüche des G. F.

1. Der Aufwendungsersatzanspruch nach § 683.

§ 7.

a] Die Uebernahme und Ausführung der Geschäftsführung ohne Auftrag.

Wir wenden uns nun in einem zweiten Abschnitt der gewöhnlichen Rechtsstellung des G.F. zu und beginnen, — gemäß unserem Thema — zunächst mit den Ansprüchen des g. (bei den Römern wurden diese Ansprüche mit der actio n.g. contraria geltend gemacht). Diese Rechte des auftragslosen G.F. finden sich in den §§ 683—85, während die ersten Paragraphen unseres Instituts von den Pflichten des G.F. und die §§ 686, 687 von zwei Spezialfällen handeln. Bevor wir nun aber die einzelnen Ansprüche des auftragslosen G.F. kennen lernen, wollen wir zunächst noch zwei Begriffe betrachten, die für die Rechts-

[74] *So die h. L. besonders Enneccerus § 128 II, teilweise etwas abweichend Manigk und Klein in ihren angegebenen Schriften.*

stellung des G.F von größter Bedeutung sind: Die Übernahme und Ausführung der G.o.A. Jede G.F. umfaßt nämlich nicht nur einen einzigen, unteilbaren Akt, sondern zerfällt in diese beiden scharf zu trennenden Stadien. Andeutungen von einer solchen Unterscheidung finden sich bereits in römischen Recht.[75] Einen ähnlichen Unterschied machten auch die gemein-rechtlichen Schriftsteller ; siehe z. B. Wächter a.a.O. S. 350, der von einer vom g. „unternommenen Handlung" und von „gemachten Aufwendungen" spricht. Ähnlich Chambon S. 71 und Köllner S. 81, der von „Geschäftsbesorgung" und „Ausführung" spricht. Zuerst klar erkannt wurde aber dieser Unterschied von Ruhstrat n. g. S. 26 ff., der aber fälschlicherweise diesen Unterschied nur bei generellen Geschäftsführungen, bei ganzen Vermögensverwaltungen, macht. Die Verfasser unseres BGB. wollten diese Unterscheidung vermeiden, wie Mot. II. 862 zeigen; daher steht auch in § 753 E. I. nur das farblose Wort „das Verhalten". Aber wie Pr. II., 729 f. zeigen, wurde diese Auffassung scharf bekämpft und bereits der II. Entwurf kannte die obengenannte Unterscheidung, wenn auch in etwas anderer Form. Auch in der Redaktionskommission wurden diese zwei Stadien beibehalten, wie besonders die §§ 677 und 678, 683 und 670 zeigen. Wie psychologisch richtig und der Billigkeit entsprechend die aus dieser Unterscheidung gezogenen Konsequenzen in unserem Titel sind, werden noch die weiteren Ausführungen ergeben. Was nun die beiden Begriffe selbst betrifft, so findet sich eine Kontroverse über die Bedeutung des Wortes „Übernahme". Jsay 12 ff. faßt die Handlung des G.F. als ein in sich abgeschlossenes, einheitliches, unteilbares Ganzes auf und hebt lediglich den Beginn der Gestion — den er als Übernahme bezeichnet — als ein besonders wichtiges Moment der Geschäftsführungstätigkeit hervor. Diese Auffassung aber widerspricht m.E. dem klaren Wortlaut des BGB., wie wir ihn z. B. in § 677 und § 678 finden; denn darnach sind Übernahme und Ausführung der G.F. zwei selbständige Summanden, die zusammen den Begriff des G.o.A. ergeben. Das Wesen der Übernahme erkennen wir m.E. am besten,

---

[75] *cf. 1, 2 h. t., wo sich nebeneinandergestellt findet: „si utiliter gessit" und „utiliter in rem impendit"; ebenso unterscheiden sich die Anschaffung der odores und der unguenta in D. 15, 3, 3, 6, die Anschaffung des vinum in D. 3, 5, 22 deutlich als Ausführungshandlungen von der blossen Uebernahme der G. F., die z. B. in dem betätigten Willen die neg. hereditaria zu führen, liegt.*

wenn wir davon ausgehen, daß jeder G.F. zunächst Tatsachen, Vorgänge, Ereignisse der Außenwelt wahrnimmt und dabei erkennt, daß hier Menschenhilfe nötig wäre; er faßt daher den Entschluß für den andern einzuspringen und verwirklicht dann diesen bisher nur im Innern gehegten Entschluß dadurch, daß er in die äußeren Verhältnisse eingreift; dieser betätigte kundgetane Wille, oder wie dies Brückmann, S. 108 ff., nennt, dieser „Willensakt' ist das eigentliche Wesen der Übernahme. Damit läßt sich dann auch von selbst der Begriff „Ausführung" feststellen; Ausführung ist die Summe der Einzelhandlungen, die der Willensakt bei der Übernahme als konkreten Inhalt in sich birgt. Wir halten es für verfehlt, deshalb diese Scheidung in die zwei Summanden abzulehnen (wie es die Mot. II. 862 tun) weil es im Einzelfall zweifelhaft sein kann, ob eine bloße Ausführungshandlung oder eine neue Übernahme einer G.o.A. vorliegt; denn mit diesen beiden Begriffen will man gar nicht darüber entscheiden, ob eine generelle, zusammenhängende Geschäftsführung oder eine neue selbständige gegeben ist. Diese Aufgabe hat vielmehr der a.a.n.g., der nicht schwerer erweislich ist, wie jede andere Willenserklärung; aber est ist nicht einzusehen, warum deshalb der Begriff der Übernahme — der allerdings in der Regel identisch sein dürfte mit dem kundgetanen a.a.n.g. — verworfen werden soll, da doch ganz offensichtlich unser Gesetzgeber an diese Unterscheidung wichtige Folgen geknüpft hat, wie die §§ 678 und 683 zeigen. Daß schließlich besonders bei der einaktigen G.o.A. Übernahme und Ausführung der Gestion zusammenfallen können, spricht ebenfalls nicht gegen die von unserem Gesetzgeber in so geschickter Weise verwandte Unterscheidung von Übernahme und Ausführung der G.F., da auch sonst im Recht oft ganz verschiedene Rechtsakte äußerlich zusammengefaßt erscheinen.

§ 8.

b] Die Bedeutung des „utiliter gerere" im römischen und gemeinen Recht.

In § 683, der den Hauptanspruch des G.F. regelt, finden sich die beiden wichtigen Begriffe „Wille und Interesse", die wir neben den drei bereits behandelten allgemeinen Voraussetzungen jeder G.F. als spezielle Voraussetzungen für die actio n.g. contraria bezeichnen können. Nicht unschwer erkennen wir in ihnen wieder den römisch-rechtlichen

Ausdruck „utiliter gerere". Der entscheidende Satz in D. 3, 5, 10, 1 lautet: „is enim negotiorum gestorum actionem habet, qui utiliter negotia gessit". Aber eine nähere Begriffsbestimmung dieses „negotia ut. gere" geben uns die römischen Juristen nicht. Daraus resultieren auch die zahllosen Versuche gemeinrechtlicher Schriftsteller, diesen Ausdruck sinngemäß auszulegen. Man kann diese Versuche nach den beiden, dabei hauptsächlich vertretenen Gesichtspunkten, in zwei große Gruppen einteilen: in die objektive und subjektive Theorie. Zwischen beiden Theorien versucht dann eine Anzahl neuerer Schriftsteller, wie wir noch sehen werden, zu vermitteln. Zu den objektiven „Nützlichkeitstheoretikern" gehören vor allem Thibaut, P.R. § 630 und Mühlenbruch, 43; nach ihnen hat der G.F. ein Geschäft dann utiliter geriert, wenn er auf irgendwelche Weise durch seine G.F. dem dom. einen materiellen Nutzen gebracht hat, z. B. durch Verhütung eines Schadens, durch Erzielung eines positiven Gewinnes. Diese Ansicht widerspricht aber einerseits klar dem „licet eventus non sit secutus; etsi eventum non habuit" und ist andererseits auch äußerst unbillig; denn der Schutz der Individualsphäre des dom. — ja eines der Hauptprobleme, die ein Gesetzgeber bei der G.o.A. regeln muß — wäre hier völlig preisgegeben und der G.H. fremden Nützlichkeitsansichten ausgeliefert[76]; dieser zweite Einwand muß aber auch aufrecht erhalten bleiben gegenüber der Ansicht, wie sie diese beiden Schriftsteller später etwas modifizierten, wonach eine nützliche G.F. auch dann vorliege, wenn der g. die bloße Absicht gehabt hat, einen materiellen Vorteil für den dom. zu erzielen (so Thibaut) oder wenn eine solche materiell nützliche G.F. wenigstens eingetreten ist, mag sie auch nachträglich wieder weggefallen sein (so Mühlenbruch); diese modifizierten Ansichten widersprechen zwar nicht mehr dem „etsi eventum non habet" sind aber dafür noch viel unbilliger als ihre ursprünglichen Formulierungen, da hier der G.H. noch weniger geschützt ist, wie bisher. Er müßte z. B. in dem vorigen Beispiel, wenn bei seiner Rückkehr die Miets-

---

[76] *Siehe dazu das in der Literatur in diesem Zusammenhang häufig genannte Beispiel: ein allzu materiell denkender, diensteifriger G. F. verwandelt eine herrliche Parkvilla — während ihr Eigentümer verreist ist — in eine Mietskaserne mit ertragreichen Kartoffelfeldern; nach Th. und M. würde hier der g. utiliter geriert haben und somit Ersatz seiner Aufwendungen verlangen können.*

kaserne schon wieder abgebrannt wäre, außer dem Ärger über den übertriebenen Diensteifer des g. diesem auch noch alle Aufwendungen ersetzen. Einen bedeutenden Fortschritt demgegenüber bedeutet schon die Formulierung von Kritz, P.R.I. 353, der den d. nur soweit mit Ersatzansprüchen des g. belangen läßt, als der d. durch die G.F. noch bereichert ist; allerdings macht er von dieser seiner Formulierung eine wichtige Ausnahme überall dort, wo Umstände vorliegen, die den G.F. zur Annahme berechtigen, der G.H. hätte, wenn er die Notlage gekannt hätte, einen der n.g. entsprechenden Auftrag gegeben. In diesem Fall sei dann der d. auch über die Summe des Erhaltenen hinaus zum vollständigen Ersatz der Aufwendungen des G. verpflichtet; wohl liefert auch diese Formulierung den d. in weitgehendem Maße den Nützlichkeitsansichten des g. aus; und, wenn unglücklicherweise die Umstände ein Mandat wahrscheinlich erscheinen lassen, so muß hier der G. F. für Geschäfte aufkommen, die er gar nicht vorgenommen wissen wollte (cf. Ruhstrat. Arch. f. ziv. Prax. 32). Aber der wesentliche Fortschritt besteht hier darin, daß Kritz zum ersten Mal, wenn auch nur sekundär die Absichten des d. bei dem Begriff ut. ger. berücksichtigt. Ebenfalls eine Abschwächung gegenüber der krassen objektiven Nützlichkeitstheorie bedeutet die Formulierung von Wächter (Arch. f. ziv. Pr. 20, 337); ferner Wächter, Beitr.... 350 ff.); zum Schutz gegen übereifrige Helfer steigert W. nämlich die objektive Nützlichkeit zur objektiven Notwendigkeit. Aber auch solche notwendigen G.F. können für den G.H. sehr unerwünscht und gefährlich sein. W. führt sein Prinzip jedoch nicht vollständig durch; bei Handlungen, die einen positiven Nutzen für den G.H. zur Folge hatten, läßt er statt der objektiven Notwendigkeit objektive Nützlichkeit genügen; besonders wichtig ist aber die zweite Einschränkung seiner Formulierung: er fordert nämlich, daß die vom G.F. gemachten Aufwendungen den Verhältnissen des G.H. angemessen sein müßten und der Ansicht des d. nicht geradezu entgegengesetzt sein dürften, daß also der g. sich nicht um eine Sache kümmern dürfe, die der G.H. zugrunde gehen oder unverändert in ihrem bisherigen Zustand belassen wissen wollte — gleichgültig, ob der G.H. von dieser Absicht wußte oder nicht. Das Neue an W.'s Formulierung besteht also darin, daß auch er teils die erkannten Schwächen der reinen objektiven Nützlichkeitstheorie zu vermeiden versuchte und daß er bei Beurteilung des ut.

gerere auch die subjektiven Ansichten berücksichtigte.[77]

Die Verbindung zwischen diesen gemäßigt objektiven Theorien und den Anhängern der subjektiven Theorie bilden Chambon 71 und Köllner 81 f. Nach Ch. ist der Begriff der utilitas ein relativer; keine G.F. — auch nicht die notwendigste und nützlichste — ist an sich ut. geriert; diese Eigenschaft bekommt sie erst durch Beziehung auf die Person des G.H.; damit ist zum ersten Mal auch dem subjektiven Moment bei dem Begriff der utilitas ein größerer Spielraum eingeräumt. Ähnlich Köllner a.a.O., der nur solche notwendige und nützliche Geschäftsführungen für ut. geriert ansieht, bei denen zugleich der Wille bezw. die sonstigen individuellen Verhältnisse des G.H. berücksichtigt wurden. Im Gegensatz dazu betonen die Anhänger der subjektiven Nützlichkeitstheorie nur das subjektive Moment in dem Begriffe „utilitas". Nur dann sei ein Geschäft nützlich geführt und könne ein Ersatzanspruch vom g. geltend gemacht werden, wenn er dem Willen des g. — mag dieser auch noch so unvernünftig und unerkennbar sein — gemäß gehandelt hat. Da die subjektive Theorie in ihren äußersten Konsequenzen höchst unbillig, ja sogar unvernünftig erscheinen mußte, versuchten die Anhänger dieser subjektiven Theorie diese unhaltbaren Folgen durch gewisse Einschränkungen zu vermeiden.[78] So gaben einige Schriftsteller [79] schon dann dem G.F. die actio n.g. contraria, wenn der G.F. so gehandelt hat, wie es dem Willen eines bonus pater familias entsprechen würde; solange also kein erkennbarer Wille des G.H. vorhanden war, suchte man den g. vor den absonderlichen Willensrichtungen gewisser G.H. dadurch zu schützen, daß man den arbitratus eines b.p.f. als Maßstab für das ut. gerere ansah. Ruhstrat a.a.O. 26 ff. findet auf eine andere Weise eine Milderung der strengsubjektiven Theorie; er verlangt nämlich die

[77] *Auch Kohler a. a. O. § 4, S. 62 ff. betont neben dem objektiven Moment, nämlich Menschenhilfe zu leisten, bereits auch ein subjektives Moment; hierher gehören auch Vangerow, P. und Brinz a. a. O.; ferner Leist, der aber von Ruhstrat a. a. O. 14 ff. widerlegt wird; auch Jacobi a. a. O., der die Ersparnis von Ausgaben des G. H. entscheidend sein lässt für die utilitas.*

[78] *Hier sei besonders Monroy S. 26 und 31 genannt, der nur dann eine Handlung als Wahrnahme der Vermögensinteressen eines anderen ansieht, wenn der Wille, mag dieser beschaffen sein wie er will, mag dieser erkennbar sein oder nicht, gewahrt wurde; also er ist noch Anhänger der streng subjektiven Theorie.*

[79] *cf. Dankwardt, 26, 30; Sturm, Grundprinzip . . 26 Ogonowski 17 ff.; vgl. auch Brückmann, S. 27.*

strengen Anforderungen dieser Theorie nur für die Übernahme der G.F., während es bei der Ausführung der Gestion nach ihm genügt den erkennbaren Willen des G.H. zu beachten; kann er den Willen des G.H. trotz aller Sorgfalt nicht erkennen, so darf er den d. als b.p.f. präsumieren und unter mehreren möglichen gleichvernünftigen Ausführungsarten nach freiem Ermessen wählen. Wenn die subjektive Theorie seit Chambons Schrift zur herrschenden geworden ist, so einigte man sich trotzdem in der Literatur nicht auf eine allgemein anerkannte Formulierung. Daher ist es nicht zu verwundern, daß auch die Verfasser unseres BGB. in zwei verschiedene Lager gespalten waren: die einen vertraten mehr die objektive — wenn auch etwas gemäßigte — Nützlichkeitstheorie, während die andern die Wahrung des Willens des G.H. — bezw. des präsumtiven Willens eines b.p.f. — zur Voraussetzung der actio n.g. contraria machten. Aber auch unter den Verfassern des BGB. gewann unter dem Einfluß von Kuhlstrat die subjektive Theorie die Oberhand, vgl. § 753, E. I. M. II, 860 ff. Man einigte sich schließlich im Anschluß an das Schweizer Bundesgesetz Art. 472[80] auf folgende Formulierung: „Hat die Übernahme der G.F. mit Rücksicht auf die Zwecke und Verhältnisse des G.H. dessen Nutzen entsprochen, so kann der G.F. Ersatz verlangen (cf. Prot. II. 729 ff.). Die Redaktionskommission hat hier nur aus sprachlichen Gründen statt „Nutzen" „Interesse" gesetzt und statt „Zweck und Verhältnisse" „wirklicher oder mutmaßlicher Wille"; und an Stelle des mißverständlichen „hat entsprochen" wurde die Präsensform „entspricht" gesetzt.

§ 9.

c) Das Interesseerfordernis in § 683.

Nach dieser kurzen geschichtlichen Einleitung des Begriffes „utilitas" wenden wir uns zunächst zum Begriff „Interesse" in § 683.[81] Es stehen sich über die Bedeutung dieses Ausdruckes in der Lite-

---

[80] *Wenn die Uebernahme einer Geschäftsbesorgung durch das Interesse des G. H. geboten ist, so ist dieser verpflichtet, dem Geschäftsführer alle Verwendungen, welche notwendig oder nützlich oder den Verhältnissen angemessen waren, samt Zinsen zu ersetzen und ihn in demselben Masse von den übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien.*

[81] *Interesse „kommt vom lat. „quod eius interest"; eigentlich heisst „interest" es ist ein Unterschied. S. Mommsen S. 1.*

ratur zwei Theorien gegenüber. Die sog. objektive Theorie [82] lehrt, das Interesse des d., das der g. bei seiner G.F. zu wahren hat, besteht nicht darin, was der d. als Einzelindividuum für sein Interesse hält, sondern darin, was nach der Verkehrsanschauung, nach der objektiven Bewertung durch die Allgemeinheit für den G.H. nützlich und vorteilhaft erscheint, kurz Interesse bedeutet soviel wie sachliche Nützlichkeit der G.F. Allerdings berücksichtigt auch die objektive Theorie bei dem Interesseerfordernis die speziellen, persönlichen Verhältnisse des G.H. z. B. Geschlecht, Fähigkeiten, Charakter, Alter, Stand, da es sich bei der G.F. ja immer um die Wahrung von Interessen eines bestimmten Einzelmenschen handelt und nicht um den Nutzen der „Masse Mensch".[83] So liegt z. B. der Kauf einer noch so wertvollen Meistergeige zu einem verhältnismäßig günstigen Preis nicht im Interesse eines Musikunkundigen oder gar eines Taubstummen und ebenso der Erwerb eines billigen Sprachenlexikons nicht im Interesse eines Sprachunkundigen. Demgegenüber vertritt die sog. subjektive Theorie[84] die Anschauung, daß unter Interesse etwas Subjektives zu verstehen sei; nur was der d. für sein Interesse erachtet, für seinen Vorteil hält, sei sein Interesse im Sinne des § 683; diese subjektive Anschauung kann natürlich dem Werturteil der Allgemeinheit geradezu entgegengesetzt sein; auch praktisch kann diese Theorie zu ganz anderen Ergebnissen führen, da es ja möglich ist, daß der G.H. ein Sonderling ist, der infolge seiner absonderlichen Ideen, Neigungen, Liebhabereien oder auch aus Unverstand oder Unkenntnis das für sein Interesse hält, was mit dem gesunden Empfinden der allgemeinen Meinung in keiner Weise harmoniert. Die Anhänger der subjektiven Theorie erklären, daß die Gegenansicht dem Selbstbestimmungsrecht der Menschen widerspreche; denn es könne niemandem an einer Sache mehr Interesse aufgedrängt werden, als er

---

Die römische Jurisprudenz gebraucht diese Wendung, um die Höhe eines Schadensersatzanspruches zu bestimmen. Vgl. Fr. Mommsen „Beiträge zum Obligationsrecht." Bd. II. Zur Lehre von dem Interesse.

[82] *Hauptvertreter sind: Brückmann, S. 120; Cosack; § 218, Crome § 255; Enneccerus § 387; Planck, Staudinger u. RGR. Ko. zu § 677 und § 683; Schulzenstein a. a. O. u. a.*

[83] *Vgl. Streber, S. 33.*

[84] *Ernst, S. 442; es haben sich ihm angeschlossen Endemann, § 178, S. 122; Matthias § 128; Isay, S. 133 und Oertmann zu § 677; Eck, Bd. I, S. 536.*

selbst daran habe. Ernst. der hauptsächlich für die subjektive Theorie eintritt, beruft sich für seine Ansicht besonders auf den Sprachgebrauch des Wortes „Interesse"; darnach soll darunter etwas rein Individuelles, ja sogar oft etwas von der allgemeinen Verkehrsanschauung Abweichendes zu verstehen sein. Dazu ist zu sagen, daß in aller Regel die objektive Bewertung eines Gegenstandes mit der Einschätzung durch den einzelnen d. wohl übereinstimmen wird, da man ja in dieser Frage immer von einem Durchschnittsmenschen ausgehen muß und nicht von einem Sonderling, der immer das als sein Interesse ansieht, was die Verkehrsanschauung für ihn schädlich hält. Ferner hat Streber S. 35 ff. richtig dargetan, daß das Wort „Interesse" einen doppelten Sprachgebrauch hat: einerseits wird dieser Begriff im subjektiven Sinn gebraucht, z. B. der Baissier X. hat Interesse daran, daß die Aktie Y bis zum Ultimo falle; andererseits wird das Wort aber auch objektiv gebraucht, z. B. im Interesse des X liegt es, daß er diese Klasse repetiert, daß er die für ihn schädliche Gesellschaft meidet; hier liegt eine objektive Bewertung des Begriffes „Interesse" vor; denn der unverständige X erachtet diese Gelegenheit für sich vorteilhaft, das Aufrücken in die nächste Klasse für sein Interesse. Schließlich wäre auch die individuelle Färbung des Wortes „Interesse" kein Beweis gegen die Richtigkeit der objektiven Theorie, da wir ja sahen, daß die konkreten Lebensverhältnisse des bestimmten G.H. im weitesten Maße auch von den Anhängern der objektiven Theorie beachtet werden. Schließlich kann auch die Behauptung von Ernst a.a.O., daß die juristische Literatur vor der Einführung unseres BGB. das Wort „Interesse" nur im subjektiven Sinn gebraucht hat, nicht unwidersprochen bleiben; denn mag auch z. B. Jhering (Geist des römischen Rechts III, 327; ferner in seiner Schrift „Zweck im Recht", S. 52) das Wort „Interesse" im subjektiven Sinn aufgefaßt haben, so verstanden andere Schriftsteller, wie z. B. Mommsen in seiner Schrift „Zur Lehre vom Interesse" oder Cohnfeldt: „Lehre vom Interesse S. 56 ff. den Ausdruck „Interesse" gerade im entgegengesetzten Sinn. Sind somit die beiden Argumente, die Ernst zur Stütze seiner Theorie anführt, nicht durchschlagend, so ergeben einige andere Erwägungen m.E. zweifellos die Richtigkeit der objektiven Theorie. Wäre das Wort „Interesse" im subjektiven Sinn gebraucht, so müßten wir unserem sonst so präzis arbeitenden Gesetzgeber in den §§ 677 und 683 eine Tautologie zum Vorwurf machen, wenn er neben das bereits vorhan-

dene subjektive Moment (das Willensmoment) noch ein zweites subjektives Moment in dem Worte „Interesse" aufgestellt hätte. Ferner ergibt die Nebeneinanderstellung des wirklichen, bezw. mutmaßlichen Willens und des Interesses die Unrichtigkeit der subjektiven Theorie. Fehlt es dem d. nämlich an einem wirklichen Willen — und das wird bei der ja plötzlich erforderlichen Menschenhilfe oft der Fall sein — so muß der G.F. den mutmaßlichen Willen des G.H. beachten; nach der subjektiven Theorie ware dieser mutmaßliche Wille aber mit dem Interesse identisch, eine Behauptung, die einer der Hauptanhänger der subjektiven Theorie Jsay S. 136 zwar zugibt, aus der er aber nicht die nötigen Folgerungen zieht; es würde hier somit in einem Paragraphen dem Gesetzgeber zweimal ein Pleonasmus unterlaufen sein. Ferner sieht sich die subjektive Theorie zu einer Scheidung in ein „wirkliches und mutmaßliches Interesse" gezwungen (Ernst a.a.O. 96, 440 ff.; ähnlich Lindemann-Soergel zu § 683); denn in aller Regel wird der d. eine wirkliche subjektive Bewertung gar nicht vorgenommen haben, der G.F. müßte also nur das mutmaßliche Interesse, die mutmaßliche Bewertung durch den G.H. bei seiner Gestion berücksichtigen; eine solche Scheidung, die die subjektive Theorie in das Gesetz hineininterpretieren muß, widerspricht aber klar dem Willen unseres Gesetzgebers, der absichtlich diese Unterscheidung nur beim Willensmoment, aber nicht beim Interesseerfordernis gemacht hat. Auch die Entstehungsgeschichte der §§ 677, 683 spricht wohl mehr für unsere Ansicht, wenngleich Ernst die Materialien für unsere Ansicht verwerten will. Aber er übersieht eigenartigerweise bei seiner Argumentation den § 753 Abs. 2 E.I. („was ein ordentlicher Hausvater für angemessen hätte erachten müssen"), der somit das objektive Moment neben der in Abs. 1 zum Ausdruck gekommenen subjektiven Ansicht enthält. Auch zeigt das Wort „Nutzen", das, wie wir schon sahen, durch die Redaktoren statt des Wortes „Interesse" — aber nur aus sprachlichen Gründen — gesetzt wurde, im Vergleich zu dem subjektiv gefärbten „Zweck und Verhältnisse" (das wurde bekanntlich von der Redaktionskommission mit den Worten „wirklicher oder mutmaßlicher Wille" verdeutlicht), daß „Nutzen" (Interesse) objektiv gemeint ist; denn andernfalls müßte man auch den Redaktoren den gleichen Pleonasmus zum Vorwurf machen, wie ihn Ernst der nunmehrigen Fassung des BGB. konsequenter Weise vorhalten müßte. Schließlich spricht auch die Verwendung des Wortes „Interesse" sonst

im BGB.[85] für die Richtigkeit der objektiven Theorie; ich greife nur einige Fälle heraus, wo das Wort Interesse sicherlich soviel bedeutet wie Nutzen, Vorteil z. B. §§ 113 Abs. 3, 1778, 1797 Abs. 3; 1803 Abs. 2; 1846, 1857, 1873 f., 1886. Und zu welch' paradoxem Ergebnis käme man, wollte man in § 1304 Abs. 2 Interesse im subjektiven Sinne fassen! Ferner deutet auch die Beifügung des Wortes „berechtigt" in den §§ 343, 824 u.a. darauf hin, daß „Interesse" hier objektiv aufzufassen ist; berechtigt ist eben ein Interesse nur dann, wenn es nach objektiven Grundsätzen Zweck und Sinn hat. Auch das Wort „das Beste" in § 5 bedeutet nichts anderes als Vorteil, objektiven Nutzen. Daß schließlich in § 679 „öffentliches Interesse" im objektiven Sinn zu deuten sei, kann auch Ernst nicht bestreiten; wie eigenartig wäre es aber, wenn der Gesetzgeber in dem gleichen Titel das nämliche Wort in verschiedenen Sinn gebraucht hätte, wo doch in der deutschen Sprache für das subjektiv gefärbte Wort „Interesse" eine große Anzahl eindeutiger, treffender Wörter vorhanden ist. Ferner könnte nach Ernst ein auftragsloser G.F. sogar bei deliktischer G.o.A. Ersatzansprüche gegen den G.H. geltend machen, wenn er bei der Gestion sein Interesse gewahrt hätte (siehe Jsay 89 ff.; Brückmann 18 ff.). Abschließend sei noch bemerkt, daß nach der objektiven Theorie auch die praktische Anwendung der n. g. nicht so eingeschränkt wird, wie dies die Auslegung von Ernst zur Folge haben müßte.

§ 10.

d) Das Willenserfordernis.

Wenn wir nun zum Willensmoment im § 683 übergehen, also dem subjektiven Erfordernis, wie schon betont wurde — was ja aus dem Wort „Wille" ohne weiteres hervorgeht — so müssen wir davon ausgehen, daß der vom G.F. zu beachtende Wille ein wirklicher oder ein mutmaßlicher sein kann. Was zunächst den Begriff „wirklicher Wille" betrifft, so stehen sich auch hier in der Literatur wieder zwei Ansichten gegenüber. Die einen[68] verstehen darunter „den dem G.F. bekannten oder bei sorgfältiger

[85] *Schultzenstein, D. J. Z. 02, 616 ff. zählt 70 Fälle im BGB. und EG. BGB. auf, wo unser Begriff gebraucht ist; siehe dazu auch Streber, S. 39 ff.*

[86] *cf. Brückmann, S. 123 ff.; Crome, S. 634; Fischer-Henle zu § 683.*

Prüfung erkennbaren tatsächlichen Willen des G.H." Im Gegensatz dazu legen andere[87] den „wirklichen Willen" als den tatsächlich vorhandenen Willen des G.H. — gleichgültig ob er dem G.F. erkennbar ist oder nicht — aus. Wir möchten uns der letzteren Ansicht anschließen. Wie Streber und Ernst in ihren Abhandlungen richtig hervorgehoben haben, spricht das Gesetz gewöhnlich nur von „Willen"; die Hinzusetzung „wirklich" soll nur den Gegensatz zu einem tatsächlich nicht vorhandenen, eben dem mutmaßlichen Willen zum Ausdruck bringen, aber nicht zu dem zwar tatsächlich vorhandenen, aber dem g. unerkennbaren Willen. Auch ein Vergleich mit § 1345 Sächs. Gesetzbuch kann uns einen Hinweis für die Richtigkeit unserer Ansicht geben, da wir aus der Entstehungsgeschichte unseres BGB. in dieser Frage keine sicheren Schlüsse ziehen können. Das Wort der „bekannte, wirkliche" Wille ist von den Verfassern unseres BGB. nämlich nicht deshalb weggelassen worden, weil es sich von selbst versteht — denn wo findet sich in dem Wort „wirklich" eine Andeutung von einer erforderlichen Kenntnis des g. — sondern, weil die Verfasser unseres Gesetzbuches absichtlich eine andere Stellung als der Sächs. Gesetzgeber einnehmen wollten; auch hätte unser Gesetzgeber sicherlich, wenn er die gegnerische Anschauung für die richtige gehalten hätte, statt des farblosen „wirklich" den „bekannten oder erkennbaren Willen" gesetzt. Schließlich würde auch hier wieder, wie Ernst a.a.O. mit Recht hervorhebt, eine Tautologie in § 683 liegen: „Verstände das Gesetz unter „wirklichem Willen" den bekannten oder erkennbaren Willen, so wäre nichts überflüssiger als der Zusatz des § 678 „und mußte der G.H. dies erkennen". (Dieser Nachsatz bezieht sich auch auf den wirklichen Willen). Somit haben wir also das Ergebnis bekommen, daß wirklicher Wille soviel bedeutet, wie der tatsächlich vorhandene, wahre Wille des G.H. ohne Rücksicht auf die Kenntnis des g.[88]

Den Gegensatz zum wirklichen Willen deutet

---

[87] *So wohl auch die herrschende Lehre, z. B. Staudinger Planck zu § 683; Streber S. 8 ff.; Ernst, S. 450; Endemann § 178; so wohl auch Oertmann, der zwar nicht von einem tatsächlichen Willen spricht, sondern von einem erweislichen oder feststellbaren Willen, aber damit auch den tatsächlich vorhandenen meint und nur mehr auf die praktische Beweisfrage abstellt.*

[88] *Ebenso ist das Wort „wirklich" auch in § 133 nach übereinstimmender Anschauung gebraucht; es ist kein Grund einzusehen, warum der Gesetzgeber hier in § 683 den Begriff „wirklich" anders ausgelegt wissen will.*

unser Gesetzgeber mit dem Wort „mutmaßlicher" Wille an. Auch hier haben sich zwei Ansichten gebildet. Die sog. subjektive Theorie[89] versteht darunter den Willen, den der G.F. unter Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt von **seiner** Betrachtungsweise aus beim G.H. annehmen durfte. Die objektive Theorie[90] dagegen den Willen, den der **Richter** unabhängig von irgendwelcher Mutmaßung des G.F. unter Zugrundelegung der persönlichen, konkreten Verhältnisse des G.F. zu ermitteln hat; m.a.W.: der nach den Umständen des Einzelfalles verständigerweise vorauszusetzende Wille, wobei aber alle Momente zu würdigen sind, aus denen die Willensrichtung des G.H. sich ergeben kann, z. B. Gewohnheiten, Anschauungen, Vermögenslage; so wird die Zahlung von Schulden, die in kurzem verjähren, sicherlich nicht dem mutmaßlichen Willen des G.H. entsprechen; vgl. S. A. 74, S. 376; Gruchot 50, 215 ff. Für die Richtigkeit der objektiven Theorie[91] läßt sich zunächst § 678 anführen; die subjektive Einschränkung „und mußte der G.F. dies erkennen", hätte wenigstens für den Begriff „mutmaßlich" keine Bedeutung, würde man sich hier der subjektiven Theorie anschließen, und sicherlich soll dieser Nachsatz doch eine Einschränkung sowohl des wirklichen als auch des mutmaßlichen Willens enthalten. Allerdings geht Ernst a.a O. m.E. zu weit, wenn er diesem Zusatz für die Anhänger der subjektiven Theorie jede Bedeutung abspricht; denn wir sahen ja schon, daß diese Einschränkung auch für den wirklichen Willen maßgebend ist; außerdem ist es nach der Entstehungsgeschichte des § 678 gar nicht sicher, ob man mit diesem Zusatz überhaupt eine Einschränkung des Willenserfordernisses vornehmen wollte; wahrscheinlich wollte man damit nur die Sorgfaltspflicht des G.F. nochmals eindeutig festlegen. Ferner sprechen für die objektive Theorie auch die Gesetzesmaterialien. § 753 E.I. lautete: „Wenn und soweit der G.F. dergestalt ge-

[89] *Siehe z. B. Heck,* S. *356, der so formuliert: was darf ich nach den mir bekannten Umständen als seinen Willen vermuten?*

[90] *So besonders Ernst a. a. O. S. 443; Streber, S. 13 ff.; Fischer-Henle zu § 683; Endemann, § 178 und Goldmann-Lilienthal § 189.*

[91] *Ernst. der in dieser Frage für die objektive Theorie eintritt, spricht statt von einer objektiven und subjektiven Theorie von der Theorie des präsumtiven und putativen Willens, was sich aber m. E. nicht empfiehlt wegen der ähnlich lautenden Begriffe „mutmasslich, vermutlich", die bei der G. o. A. ebenfalls von Wichtigkeit sind.*

handelt hat, daß anzunehmen ist... und Abs. 2 begann mit den Worten: „Es wird vermutet"; daraus ergibt sich klar, daß eine objektive Mutmaßung vom Gesetzgeber gemeint war und nicht eine subjektive; das geht auch schließlich daraus hervor, daß ein anderer Antrag, der dem subjektiven Standpunkt zum Sieg verhelfen wollte: „Hat der G.F. das Geschäft dergestalt geführt, daß er nach Lage der Sache die Genehmigung seines Verhaltens erwarten durfte" abgelehnt wurde, und die Redaktionskommission an der schon erwähnten objektiven Fassung festhielt. Statt der Formulierung „hat die Übernahme... entsprochen", wurde nur die präzisere Fassung „entspricht" gesetzt. Schließlich wäre es auch eine gewisse Disharmonie, würde man den wirklichen Willen objektiv und den mutmaßlichen Willen subjektiv fassen, da doch diese beiden Ausdrücke unter den gemeinsamen Oberbegriff „Willen" zu subsumieren sind. Über das Verhältnis des zu beachtenden wirklichen und mutmaßlichen Willens, stehen sich in der Literatur ebenfalls zwei Ansichten gegenüber. Isay S. 136 hält es für genügend, wenn der g. dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des G.H. entsprechend handelt, sodaß der G.F. bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen, auch dann die actio n.g. contraria hat, wenn er zwar dem wirklichen Willen des g. entgegenhandelt, seinen mutmaßlichen Willen aber trifft. Wenn dieses Prinzip der Alternativität vielleicht dem Wortlaut des Gesetzes mehr zu entsprechen scheint, so ist diese Ansicht doch wegen ihrer eigenartigen Konsequenzen abzulehnen. Das eine Grundprinzip der n.g.: Schutz der Individualsphäre vor übereifrigen Menschenhelfern, würde hier völlig aufgegeben zugunsten des Kollektivinteresses. Wir halten im Gegensatz zu dieser Ansicht das Prinzip der Subsidiarität für allein richtig. Der G.F. hat darnach nur einen Ersatzanspruch, wenn er dem wirklichen Willen des d. entsprochen hat, gleichgültig ob dieser Wille für den G.F. erkennbar war oder nicht. Nur wo ein wirklicher Wille fehlt[93], also nur subsidiär hat dann der Richter aus der ganzen Sachlage heraus unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des d. dessen mutmaßlichen Willen zu beachten. Denn „das Wirk-

---

[92] *cf. Oertmann, Staudinger, Planck zu § 683; Endemann,* S. *1122; Streber* S. *18; Ernst S. 457; Cosack § 155; M. II. 860.*

[93] *Praktisch wird der Richter wohl schon immer dann den Willen des G. H. mutmassen, wenn der G. H. ihm nicht das Vorhandensein eines mit dem mutmasslichen Willen im Widerspruch stehenden wirklichen Willens nachweist.*

liche schließt eben das Mutmaßliche aus", wie Ernst, S. 457 richtig sagt; wenn Streber diese Formel in diesem Zusammenhang für unrichtig hält, so kommt das nur daher, weil er das Wort „wirklich" anders auslegt, wie wir es getan haben. Welchem der beiden ebengenannten Prinzipien man sich anschließt, ist natürlich für die Rechtsstellung des G.F. von größter Bedeutung, wenigstens überall dort, wo der wirkliche und mutmaßliche Wille miteinander im Widerspruch stehen. Praktisch wird es hier allerdings gerade in den wichtigsten Fällen z. B. der Arzt leistet Menschenhilfe einem plötzlich bewußtlos Gewordenen, so liegen, daß der nichtsahnende G.H. bezüglich der G.F. keinen wirklichen Willen hat, sodaß der g. bei der Gestion nur das Interesse und den mutmaßlichen Willen des G.H. zu beachten hat.

§ 11.

e] Verhältnis von Interesse und Wille in § 683.

Aus den bisherigen Ausführungen geht wohl schon hervor — was ja auch der Wortlaut des § 683 lehrt — daß der G.F. nur dann den Aufwendungsersatzanspruch hat, wenn er Interesse und Willen des G.H. gewahrt hat; es müssen also kumulativ diese beiden Erfordernisse erfüllt sein. Diese Regelung ist m.E. besonders rechtspolitisch sehr klug, weil dadurch die beiden unser Institut beherrschenden Grundtendenzen im weitesten Maße berücksichtigt werden konnten. Es besteht wohl auch in der Literatur Einstimmigkeit darüber, daß hier das Kumulationsprinzip in unser Gesetz Aufnahme gefunden hat. Es fragt sich nun aber noch, in welchem Verhältnis diese beiden Erfordernisse zueinander stehen müssen; sind die beiden Momente gleichwertig, herrscht das Koordinationsprinzip, oder ist vom Gesetzgeber einem der beiden Erfordernisse eine größere Bedeutung beigelegt; dies ist besonders von Wichtigkeit in den sog. Kollisionsfällen, wo ev. nur eines der beiden Erfordernisse gewahrt werden kann. Auch hier stehen sich wieder — was ja nach unseren bisherigen Ausführungen fast selbstverständlich klingt — zwei Ansichten gegenüber. Während die einen[94] das Willensmoment in den Vordergrund rücken, halten andere[95] das Interesseerfordernis für

[94] *cf. Crome § 255; Endemann § 178; Matthias § 138 Planck zu § 683.*

[95] *Vgl. Ernst S. 450; Enneccerus § 386; Oertmann zu § 677; R.G.R.K. zu § 683 und Streber S. 40 ff.*

wichtiger und nehmen erst innerhalb der durch das Interesse gestatteten Handlungen auf den Willen Rücksicht. Auch wir halten die zweite Ansicht für begründeter; denn nicht ohne Absicht sagt das Gesetz „Interesse und Wille" und nicht umgekehrt. Einen Anhaltspunkt für unser Problem bietet vielleicht auch § 677, wo es heißt, der G.F. hat „das Interesse des G.H. mit Rücksicht auf dessen .... Willen" zu wahren. Hier wird dem Willensmoment ganz offensichtlich nur eine sekundäre Bedeutung beigelegt. Besonders wichtig ist diese starke Hervorhebung des Interesses in den Fällen, wo ein wirklicher Wille tatsächlich gar nicht vorhanden ist. Hier wird das Interesse — da doch jeder vernünftige Mensch vermutlich will, was seinem objektiven Interesse entspricht — entscheidend sein für die vom Richter vorzunehmende Beurteilung des mutmaßlichen Willens. Noch wichtiger ist diese überragende Bedeutung des „Interesseerfordernisses" für den G.H., weil er eventl. auch dann handeln darf, wenn ein rechtlich erheblicher wirklicher oder mutmaßlicher Wille überhaupt nicht vorhanden ist (z. B. der Wille ist nichtig nach den §§ 104 ff., 138). Hier ist der G.F. haftfrei und hat eventl. auch einen Aufwendungsersatzanspruch, wenn er bloß das Interesse des G.H. bei seiner Gestion wahrgenommen hat.[96] Praktisch kommt auch Brückmann, S. 140 zum gleichen Ergebnis, der sich aber einer eigenartigen Beweisführung bedient.[97]

§ 12.

f] Irrtümliche Annahme des Vorliegens von Interesse und Wille.

§ 683, der die beiden nun behandelten Begriffe „Interesse und Wille" enthält, sagt „entspricht die Übernahme der G.F. dem Interesse und... Willen des G.H....". Also die Übernahme muß genau dem Interesse sowie dem wirklichen oder mutmaßlichen

[96] *Vgl. das bekannte Beispiel, das Oertmann in diesem Zusammenhang gebraucht; X nimmt das verirrte Kind des Y auf; er weiss Y will nichts von Aerzten wissen und schwört auf Naturheilkundige; trotzdem holt er den Arzt. Er beachtet also hier nicht den Willen, sondern nur das Interesse des G. H. und trotzdem muss man ihm den Ersatzanspruch aus § 683 zubilligen; siehe dazu auch Anm. 144.*

[97] *E. = J + W.; ist W (Wille) aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen = O, dann ist E = J, der G. F. braucht also nur das Interesse zu beachten; m. R. spricht hier Leonhard a. a. O. 54 „von einer merkw. Beweisführung."*

Willen entsprechen. Dieser Wille ist zu beachten, sowohl in der Frage, ob der G.H. überhaupt die Gestion wünscht, ferner ob er die Hilfe dieses G.F. will und schließlich muß der Wille des G.H. auch bei der Art und der Weise der Übernahme, sowie bei dem Umfang der G.F. gewahrt werden. Nur wenn in all diesen Punkten der Wille des G.H. getroffen ist, kann der G.F. mit Erfolg seinen Anspruch aus § 683 geltend machen.[98] Irrt der G.F. über einen dieser Punkte — wenn auch noch so entschuldbar — so verliert er seinen Anspruch aus § 683. Das geht unbestreitbar aus dem Wort „entspricht" hervor, das sehr strenge Erfordernisse, wie wir soeben sahen, in sich birgt und auf einen rein objektiven Maßstab abstellt.[99] Diese Ansicht kann heute wohl als die herrschende bezeichnet werden; vergleiche dazu auch D. 3, 5, 10, 1. Diese Regelung kann natürlich in gewissen Ausnahmefällen — denn nur um solche wird es sich handeln, da ja der Wille des G.H. in der Regel mit seinem objektiven Interesse identisch ist — für den G.F. sehr hart und unbillig sein. Nehmen wir z. B. an: Ein bekannter Sammler hat wegen pekuniärer Verluste seine Sammlertätigkeit eingestellt, aber nur im geheimen; nach außen spielt er sich nach wie vor als eifriger Sammler auf; durch dieses Verhalten wird sein Freund veranlaßt, ihm bei günstiger Gelegenheit ein Sammelstück zu erwerben; der klare Wortlaut des § 683 verbietet es hier, mag es auch noch so unbillig sein, dem G.F. einen Ersatzanspruch zuzubilligen; daher müssen wir auch die Entscheidung von Heck in diesem Falle ablehnen, der hier, infolge Analogie von § 324, dem G.F. die actio n. g. contraria zuerkennt. Oder der A. ist ein Tüftler: er hat zugleich mit seinem Getreide eine neue Frucht ausgesät, von deren Gedeihen, in Mischung mit dem Getreide, er Günstiges gelesen hatte; während einer Krankheit des A sieht dessen nichtsahnender hilfsbereiter Nachbar B den Acker; er hält in entschuldbarer Weise die neue Frucht für Unkraut und läßt sie durch einige sorgfältige Arbeiter ausjäten; hier bekommt B. trotz seines sorgfältigen Verhaltens, keinen Ersatz für seine gemachten Aufwendungen, kann allerdings auch nicht

---

[98] *Die ganz allgemeine Klage aus der nützlichen Verwendung' wie sie das gemeine Recht und das A. L. R. kannten, wurde in unser Gesetzbuch bekanntlich nicht aufgenommen.*

[99] *Anders bekanntlich bei der Frage, ob der G. F. in den Fällen des unentschuldbaren Irrtums bei der Uebernahme dem G. H. ersatzpflichtig wird; das ist aber zu verneinen, wie der Wortlaut des § 678 zeigt.*

auf Schadensersatz nach den §§ 677, 678 in Anspruch genommen werden. (Beispiel aus Heck a.a.O. § 120). In diesen und ähnlichen Beispielen ist somit der Interessenskonflikt zwischen dem G.F. und dem G.H. — wie wir ihn in § 1 kennengelernt haben — zugunsten des G.H. gelöst.

§ 13.

g] Der Umfang des Aufwendungsersatzanspruches.

(§ 670.)

Entspricht aber die Übernahme der G.F. den Voraussetzungen des § 683, „so kann der G.F. wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen verlangen". Eine ähnliche Regelung finden wir auch schon im römischen Recht; aus D. 15, 3, 17 Pr. und D. 3, 5, 3, 11; 5, 1—3; 5, 6, 7 (cf. Lenel Edikt 3. S. 104) geht klar hervor, daß auch im römischen Recht der auftragslose G.F. in gleicher Weise wie ein Beauftragter Ersatz für seine gemachten Aufwendungen verlangen konnte; denn auch die Römer erkannten schon, daß es hier keinen Unterschied machen kann, ob der Handelnde mit oder ohne Auftrag seine Aufwendungen gemacht hat; in beiden Fällen muß daher dem G.F. ein Ersatzanspruch dafür zugebilligt werden, weil er durch sein Tätigwerden sein Vermögen freiwillig verringert hat; § 670, die einschlägige Norm des Auftragsrechts, auf die § 683 verweist, lautet: „Macht der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Auftraggeber zum Ersatz verpflichtet". Damit begegnen wir zum ersten Mal dem wichtigen Begriffe „Aufwendung" (siehe dazu die Schrift von Baring). Was unter diesen Ausdruck fällt, ist wieder sehr umstritten.[100] Der Gesetzgeber hat es nämlich auch hier wieder absichtlich vermieden, eine Legaldefinition zu schaffen; siehe dazu die eigenartige Begründung in M. III, 530. Man wird aber trotzdem, wenigstens grundsätzlich — abgesehen von den beiden noch zu behandelnden Spezialfragen — in der Literatur darüber Einstimmigkeit finden, daß Aufwendungen „Opfer an Vermögenswerten sind, die vom G.F.

---

[100] *Siehe dazu die beiden in den §§ 15 und 16 zu behandelnden Spezialfragen: Kann man als Aufwendungen auch Arbeitsleistungen und Schäden, die man bei der G. F. erleidet, bezeichnen?*

zum Besten der G.F. gemacht werden."[101] Diese Aufwendungen können nun, wie Tuhr a. a. O. S. 38 ff. richtig bemerkt, sich entweder in einer Abnahme der Aktiva zeigen (z. B. Aufopferung von barem Geld oder Geldeswert, Verbrauch und Veräußerung eigener Sachen zugunsten eines andern, Aufgabe eigener Forderungen) oder in einer Zunahme der Passiva, z. B. der g. geht Verbindlichkeiten im Interesse des d. ein. (cf. §§ 256, 257). Ebenfalls unter den Begriff „Aufwendung" fallen die Ausgaben für die Vorbereitung der G.F., die Reiseunkosten, übliche Trinkgelder usw., aber nicht die gewöhnliche Abnützung von Gerätschaften und Instrumenten, allgemeine Geschäftsunkosten wie Telefongebühren.[102] Immer aber ist Voraussetzung, daß der G.F. diese Aufwendungen tatsächlich bei Ausführung (Gegensatz: bloß bei Gelegenheit) der Gestion gemacht hat; Aufwendungen, die der G.F. hätte machen dürfen, aber infolge besonderer Umstände erspart hat, kann er auch dem G.H. nicht anrechnen. Was nun den Umfang des Aufwendungsersatzanspruches betrifft, so hätte der Gesetzgeber hier zwei verschiedene Möglichkeiten gehabt; er hätte sich auf den objektiven Standpunkt stellen können und dem G.F. nur solche Aufwendungen ersetzen können, die bei objektiver Betrachtung erforderlich sind; er hätte aber auch die dem G.F. günstigere Auffassung vertreten können, wonach der G.F. schon immer dann seine Aufwendungen ersetzt bekommt, wenn er sie für erforderlich hielt. Unser Gesetzgeber hat auch hier, wie so oft im BGB., einen geschickten Kompromiß zwischen diesen beiden extremen Anschauungen gefunden — wir wollen sie gemäßigt subjektive Ansicht nennen —. Nach unserem Gesetz hat der GF. nämlich nur soweit einen Ersatzanspruch für gemachte Aufwendungen, als er sie den Umständen nach für erforderlich halten durfte, aber nicht auch für solche Aufwendungen, die er bei größerer Sorgfalt als überflüssig hätte erkennen müssen (cf. D. 17, 1, 29, 1). Hatte sich dagegen der G. F. in entschuldbarer Weise geirrt

---

[101] *So besonders auch Oertmann und die dort genannten Autoren; vgl. ferner RG. in J. W. 09, S. 311: „Aufwendungen sind die auf freiem Willen beruhenden Auslagen oder Aufopferungen von Vermögenswerten zur Erreichung eines bestimmten Zweckes"; ebenso RG. 94, S. 169; J. W. 10,* S. *803; OLG. 12,* S. *274 und Lotmar I. 36 und 136.*

[102] *Anders, wenn der G. F. zur Erfüllung der Gestion besondere auswärtige Telefon-Gespräche oder gar einen besonderen Telefonapparat benötigte. (s. J. W. 03, S. 68.)*

über den Umfang der Aufwendungen, die er bei Ausführung der G.F. machte, so kann er nach § 670 (im Gegensatz zur Regelung des Irrtums bei der Übernahme der G.F.) die Aufwendungen in vollem Umfang ersetzt verlangen. Diese Milderung hinsichtlich der Voraussetzungen des Ersatzanspruches bei der Ausführung der Gestion ist vom Gesetzgeber in sehr geschickter Weise durchgeführt worden; denn man kann von einem G.F. bei der Übernahme größere Sorgfalt verlangen als bei der Ausführung, die sich ja in all ihren Einzelheiten von Anfang an nicht ohne weiteres überblicken läßt. Hier hat also der Gesetzgeber einen vermittelnden Standpunkt hinsichtlich des unser Institut beherrschenden Interessenkonfliktes gefunden. (Daß dieser Interessenkonflikt bei der Übernahme der G.o.A. zu ungunsten des G.F. gelöst wurde, sahen wir schon oben; in einem der folgenden Paragraphen werden wir noch sehen, daß dieser Interessengegensatz in der Frage der Haftung bei § 678 zugunsten des G.F. gelöst wurde). Was der G.F. nun im einzelnen Fall für erforderlich halten darf, richtet sich einerseits nach der Verkehrssitte, andererseits darnach, was der G.F. von seinem Standpunkt aus, bei vernünftiger und sorgfältiger Überlegung für erforderlich halten darf; verletzt er diese Sorgfalt, so kann er nicht nach § 670, sondern höchstens nach den §§ 684 mit 812 Ersatz seiner Aufwendungen bekommen. Das Gesetz selbst bestimmt ebenfalls nicht näher, was es unter dem „für erforderlich halten durfte" versteht. Wir können vielleicht einen gewissen Anhaltspunkt für die Auslegung dieser Worte aus dem Schweizer OR. Art. 422 — das sich ja eng an unser BGB. anlehnt — entnehmen, in dem ein Ersatzanspruch für solche Aufwendungen gegeben ist, „die notwendig oder nützlich und den Verhältnissen angemessen waren", also Aufwendungen, die die Gebrauchsfähigkeit, Dauerhaftigkeit, Zweckmäßigkeit erhöhen, im Gegensatz zu den reinen luxuriösen Aufwendungen. Zu beachten ist aber, daß es für den Umfang des Ersatzanspruches des G.F. gleichgültig ist, ob der G.H. selbst die gleichen Aufwendungen gemacht hätte. Bei der Ausführung der G.F., also bei den einzelnen Aufwendungen ist es auch nicht nötig, daß der g. genau das Interesse und den Willen des d. beachtet, wie es ja bei der Übernahme der G.F. nötig ist. Hätte der Gesetzgeber diese strengen Erfordernisse, wie wir sie oben bei § 683 für die Übernahme der Gestion kennengelernt haben, auch für die einzelenen Aufwendungen in § 670 fordern wollen, so hätte er auch in diesem Paragraphen die

beiden Momente „Interesse und Wille" besonders erwähnen müssen. Daß der Gesetzgeber hier eine andere Regelung getroffen hat, ist m.E. sehr begrüßenswert; denn andernfalls wäre die Handlungsfreiheit des G.F. bei der Ausführung allzusehr beengt, wenn er bei jeder einzelnen Aufwendung fragen müßte, ob sie genau dem Interesse und dem Willen des G.H. entspricht; es ist ja leicht möglich, daß der d. gar nicht den Weitblick besitzt, den der G.F. bei Wahrung seiner Interessen hat; müßte der G.F. sich hier genau an die Art und Weise der Ausführung des d. halten, so würde das dem Sinn unseres Instituts wohl kaum entsprechen. Es genügt also somit, wenn der g. sorgfältig prüft, ob die Art und Weise der Gestion im ganzen der Sachlage entspricht.

§ 14.

h] Die Bedeutung des „utiliter coeptum."

Kann der Gestor Ersatz für seine gemachten Aufwendungen verlangen, wenn der Erfolg, den er mit seiner G.F. im Auge hatte, ausbleibt oder, wenn der Erfolg zwar eintritt, aber nachträglich wieder wegfällt? Schon die Römer (vgl. D. 3, 5, 9. 1) dachten über dieses Problem nach und unterschieden diese beiden, rechtlich in gleicher Weise zu behandelnden Fälle. Darnach genügt ein ut. coeptum. So auch die heute herrschende Lehre; daß dies die Meinung des Gesetzgebers war, geht aus § 683 hervor, wo es heißt „entspricht die Übernahme..."; denn die Voraussetzungen, wie sie § 683 verlangt, sind in den beiden Fällen gewahrt.[103] Auch diese Regelung ist unserem Gesetzgeber wieder sehr gut gelungen; man sieht besonders auch daraus, daß die Verfasser unseres Gesetzbuches nicht nur den G.H. vor unwillkommenem Eingriff in seine Rechtssphäre schützen, sondern auch die Menschenhilfe fördern wollten; denn müßte der g. das Risiko der Gestion tragen, so würden viele notwendige G.F. unterbleiben aus Angst, man könnte die gemachten Aufwendungen nicht wieder ersetzt erhalten. Jsay, a.a.O. 141—143, der dieses Problem besonders untersucht hat, nennt die beiden Fälle einer erfolglosen Gestion mit guten kurzen Ausdrücken: „Deficienz

[103] *Anders natürlich, wenn es bei der Uebernahme an einem dieser Erfordernisse gefehlt hat oder wenn der g. bei sorgfältiger Prüfung hätte erkennen müssen, dass die Aufwendungen nicht erforderlich waren.*

(wenn der Erfolg überhaupt nie eingetreten ist) und Rescission (wenn der zunächst eingetretene Erfolg nachträglich wieder weggefallen ist). Den zweiten Fall veranschaulicht folgendes Beispiel: Das Haus meines verreisten Nachbarn wird immer baufälliger; um es vor völligem Verfall zu bewahren, stütze ich es; aber noch vor der Rückkehr des Eigentümers brennt es ab; entsprach die Übernahme der G.F. den Erfordernissen des § 683 — und bei dieser Sachlage wird man dies wohl annehmen können —, so kann der G.F. schließlich Ersatz für seine gemachten Aufwendungen verlangen, obwohl der Erfolg der Gestion nachträglich wieder weggefallen ist. Ein Beispiel der Deficienz bekommen wir, wenn wir den obigen Fall so wandeln, daß der erstrebte Erfolg nicht einmal vorübergehend eingetreten ist, also überhaupt ausgeblieben ist. Hier ist ebenso selbstverständlich, daß der Geschäftsführer seine Aufwendungen ersetzt bekommen muß; in beiden Fällen entspricht eben die Übernahme den Erfordernissen, wie wir sie in § 683 kennengelernt haben und somit ist es auch nur recht und billig, daß der G.H. das Risiko der Gestion zu tragen hat. Ja selbst ein Verschulden des G.F. an dem Nichteintritt oder an dem Wegfall des erstrebten Erfolges könnte den bereits entstandenen Geschäftsführungsanspruch nicht mehr zum Erlöschen bringen; nur würde eben bei solcher Sachlage der G.H. seinerseits einen Schadensersatzanspruch gegen den G.F. geltend machen und mit diesem Anspruch gegen den Aufwendungsersatzanspruch des G.F. aufrechnen. Das Nähere über die Bedeutung des Verschuldens in dieser Frage, siehe Isay a.a.O.[104]

§ 15.

i] Ersatz für aufgewendete Arbeitskraft.

Es fragt sich nun, ob der G.F. auch für geleistete Arbeit Ersatz verlangen kann. Es handelt sich hier um das Problem, ob und inwieweit unter das Wort „Aufwendung" in § 670 die geleistete Arbeitskraft subsumiert werden kann. Auch hier zunächst einige historische Bemerkungen. Das römische Recht bediente sich dort, wo wir heute von Aufwendungen sprechen, der Ausdrücke „impendere, sump-

[104] *M. E. hebt aber Isay nicht scharf genug hervor, dass die actio n. g. contraria bereits mit der nützlichen Uebernahme der G. F. entstanden ist und somit auch nicht mehr infolge eines Verschuldens des G. F. wegfallen kann.*

tus".[105] Was diese Worte bedeuten, war im gemeinen Recht[106] lebhaft umstritten, da wir in den genannten Quellenstellen keine nähere Definition über diese Begriffe finden. Wir können natürlich in dieser Abhandlung auf diese Streitfrage nicht näher eingehen; doch scheint mir die Behauptung von Leist a.a.O. nicht ganz unrichtig zu sein, daß auch die Römer schon diese Arbeitskraft unter diese beiden Begriffe subsumierten. Das zeigt besonders D. 17, 1, 28, 8; auch mit D. 3, 5, 2 „praestare ei, quidquid eo nomine vel abest vel afuturum est" steht diese Auslegung in Einklang; denn es ist kein Grund einzusehen, warum unter das „abest" nur aufgewendete zusehen, warum unter das „abest" nur aufgewendete Arbeitskraft fallen soll. Obwohl man auf diese Weise aus den Quellen folgern könnte, daß auch schon die Römer die operae impensae unter die zu ersetzenden Aufwendungen gerechnet haben, hat dies das gemeine Recht fast einstimmig abgelehnt. Trotzdem aber verkannten auch diese Schriftsteller nicht die Härte, die ihre engere Auslegung des Begriffes „Aufwendung" zur Folge hatte. Denn während die einen[107] dem auftragslosen G.F. nur für wirkliche Vermögensaufopferung einen Ersatzanspruch gewährten, legten andere[108] das „quidquid impenderit" in dem weiteren Sinne aus, sodaß darunter jede aufgewendete Arbeitskraft fällt. Sie kamen zu dieser weiten Auslegung — wenigstens für das gemeine Recht — indem sie auf die eingetretene Wandlung in der Struktur des Wirtschaftslebens hinwiesen; an die Stelle der römischen Sklavenwirtschaft war nämlich die freie Lohnarbeit getreten. Besonders wichtig in dieser Richtung ist die berühmte Entscheidung im S. A. 46, 186. Besonders wertvoll halten wir an dieser Entscheidung, daß kein Unterschied hinsichtlich des Aufwendungsersatzanspruches zwischen gewöhnlichen Dienstleistungen und zwischen berufs- und gewerbsmäßigen Diensten gemacht wird. Die dadurch gleichzeitig abgelehnte Einschränkung auf berufsmäßige Arbeitsleistungen — sie beruht auf der

---

[105] *cf. D. 17, 1, 26; D. 3, 5, 9; D. 22, 1, 37; J. 3, 27, 1.*

[106] *vgl. die Schriften von Leist und v. Tuhr; während der erste unter Aufwendungen „alle Verwendungen für einen andern" versteht, beschränkt Tuhr diesen Begriff auf die durch die Gestion erfolgte Abnahme des Vermögens der G. F.*

[107] *So z. B. Glück 5, S. 376; Sturm, Grundprinzip, S. 18; S. A. 6, S. 51.*

[108] *cf. Kohler, Menschenhilfe . . . . S. 57; Petrazycki, I. 347; andere arbeiteten mit Fiktionen, um hier Unbilligkeiten zu vermeiden; vgl. z. B. Sturm „Das n. u. g." S. 18; S. A. 50, S. 25.*

Schrift von Sturm, n.u.g. S. 18 — geht auf die falsche Auslegung der Digestenstelle 19, 5, 22 zurück. Hier werden nämlich nur die Fälle behandelt, wo jemand durch Vertrag Dienste übernommen hat, ohne daß eine Vergütung vereinbart wurde. Hier kann dann allerdings eine actio praescriptis verbis nur für gewerbsmäßige Dienste verlangt werden; aber diese Einschränkung gilt nicht für den Ersatzanspruch des auftragslosen G.F., wie D. 6, h. t. zeigt. Dieses Ergebnis, daß nämlich sowohl dem römischen wie dem gemeinen Recht der weite Aufwendungsbegriff nicht fremd war, können wir nun, da unser Gesetzgeber zu dieser Frage keine Stellung genommen hat, für unser heutiges Recht verwerten. Wohl könnte man aus § 1835 Abs. 2, wo es heißt „als Aufwendungen gelten auch solche Dienste des Vormundes..., die zu seinem Gewerbe oder seinem Berufe gehören", entnehmen, daß unser Gesetzgeber auch hier höchstens in diesem Umfang geleistete Dienste unter den Begriff „Aufwendung" fallen lassen will. Ferner könnte man vielleicht aus dem Worte „auch" schließen, durch argumentum e contrario, daß nur ausnahmsweise in § 1835 geleistete Dienste vom Gesetzgeber als Aufwendungen angesehen werden; diesen Schluß halten wir aber nicht für richtig; denn man könnte ja auch per analogiam zum Ergebnis kommen, daß überall der Aufwendungsbegriff im Sinne des § 1835 Abs. 2 aufzufassen sei; andererseits will der Gesetzgeber in diesem Paragraphen nur einen Spezialfall regeln, sodaß man m. E. daraus für unsere allgemeine Frage keine zwingenden Argumente entnehmen kann. In der neueren Literatur ist unser Problem hauptsächlich im Auftragsrecht behandelt. Diese Ausführungen können wir aber wenigstens sinngemäß — zumal ja der Gesetzgeber in § 683 selbst auf das Auftragsrecht verwiesen hat — auch für die G.o.A. verwenden, wenngleich wir natürlich dabei nicht den Wesensunterschied zwischen mandatum und n. g. verkennen.[109] Die Frage, ob geleistete Arbeit unter die dem G.F. zu ersetzenden Aufwendungen fällt, läßt sich auf zwei verschiedene Möglichkeiten rechtlich konstruieren: Unter dem Gesichtspunkt des Ersatzes für gemachte Aufwendungen und unter dem des entgangenen Gewinns. Wenden wir uns zunächst der ersten Konstruktionsmöglichkeit zu, so stehen sich hier in der Literatur

[109] *Im Gegensatz zum auftragslosen G. F. wird nämlich der Beauftragte in aller Regel unentgeltlich für den Auftraggeber arbeiten; „mandatum nisi gratuitum nullum est."*

vier Ansichten gegenüber. Einige Schriftsteller[110] lehnen es ab bei geleisteter Arbeit von „Aufwendung" zu sprechen; sie verneinen daher einen Ersatzanspruch — wenigstens unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt; andere gewähren dem G.F. überhaupt nie eine Entschädigung für geleistete Arbeit.[111] Die zu dieser Meinung gerade entgegengesetzte Ansicht wird ebenfalls vertreten;[112] hier wird dann der Begriff „Aufwendung" im weitesten Sinn gefaßt. Eine vierte Ansicht, die wohl als die herrschende bezeichnet werden kann, gewährt dem G.F. nur dort Ersatz für geleistete Arbeit, wenn es sich um berufs- oder gewerbsmäßige Dienste handelt, wie z. B. beim Arzt, Anwalt u. a.[113] Wir halten grundsätzlich die in dieser vierten Ansicht zum Ausdruck gekommene Subsumierung der geleisteten Arbeit unter den Aufwendungsbegriff für richtig.[114] Es dürfte nämlich verfehlt sein, die Arbeitskraft — wie es Lotmar a.a.O. tut — als „bloße Nerven- und Muskelsubstanz" zu bezeichnen, die somit nur ein Teil des Menschen, aber nicht ein Teil seines Vermögens ist; denn bei unserer heutigen Wirtschaftsstruktur ist doch bei großen Teilen unserer Volksgenossen die Arbeitskraft der einzige, ja sogar der wichtigste Vermögensfaktor. Und diese Wirtschaftsauffassung muß daher in einem Zeitalter, wo es heißt: time is money, auch die rechtliche Einschätzung eines Gutes entscheidend beeinflussen können, mag vielleicht Lotmar rein physiologisch recht haben; wir müssen daher, wenn wir unter Aufwendung jede Aufopferung eines Vermögensbestandteils verstehen, Vermögen in diesem wirtschaftlichen Sinn weit fassen, somit auch die Arbeitskraft umfassend. Daß diese weitere Auslegung des Aufwendungsbegriffes auch rechtshistorisch begründet werden kann, sahen wir bei der Einleitung dieses Paragraphen; ebenso läßt sich diese Entscheidung rechtspolitisch rechtfertigen; die G.o.A. ist Menschenhilfe und daraus geht hervor, daß sie, wenn

---

[110] *cf. Oertmann und Staudinger zu § 670; Enneccerus zu § 387.*

[111] *cf. OLG. 12,* S. *274; Lotmar I,* S. *86, 136 u. a.*

[112] *vgl. Kohler, Menschenhilfe . . . . 57, 129; Petrazycki I, S. 347 ff.*

[113] *So z. Brückmann S. 82; Goldmann-Lilienthal, S. 705 ff.; Isay 144 ff.; RGRK. zu § 670; OLG. 18, Nr. 23;* S. *A. 61. Nr. 31; Recht 06, Nr. 1468.*

[114] *So grundsätzlich auch Baring a. a. O. „Aufwendung ist jede Aufopferung eines rechtlich geschützten Gutes" und v. Tuhr, der ebenfalls, in der durch jede Arbeitsleistung verbrauchten menschlichen Energie eine Aufwendung sieht.*

sie ihren Zweck überhaupt erreichen will, möglichst schnell geschehen muß; nehmen wir folgenden Fall: Bei einem Unglücksfall werden mehrere Leute schwer verletzt; ein zufällig anwesender Arzt kann gerade noch, infolge seines schnellen Eingreifens, das Leben der Verletzten retten; wie eigenartig müßte hier doch eine gesetzliche Regelung anmuten, die diesem Arzt für seine mehrstündige Müheverwaltung kein Honorar — abgesehen von den verbrauchten Verbandsstoffen, die sicherlich Vermögensaufwendungen sind — zubilligen wollte, wohl aber einem pflichtvergessenen Arzt, der nicht selbst Hilfe bringen will, sondern erst einen anderen Kollegen herbeiholt und mit diesem einen Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 abschließt; das Honorar, das dieser zweite Arzt vom ersten für sein Tätigwerden erhält, würde nämlich nach der engen Auffassung unserer Gegner, wie z. B. von Lotmar, unter allen Umständen nach § 683 mit § 670 ersetzt werden müssen. Während wir bisher also mit der herrschenden Lehre soweit übereinstimmten, daß grundsätzlich auch Dienstleistungen unter den Aufwendungsbegriff fallen, so halten wir es andererseits für verfehlt, wenn diese Schriftsteller hier eine Einschränkung machen, und nur für gewerbs- und berufsmäßige Arbeitsleistungen einen Ersatzanspruch nach den §§ 683 und 670 gewähren. Wir sahen schon oben, daß diese Einschränkung rechtshistorisch unrichtig ist; auch die rechtspolitische Erwägung spricht m. E. gegen diese Einschränkung. Nehmen wir an: A. ist verreist; sein Nachbar B., ein erwerbsloser Maler (oder ein Beamter, der zur Zeit Ferien hat) bessert den Gartenzaun, der nachts von einem Sturm zerstört wurde, im Nachbarhaus des A. aus. Die herrschende Lehre müßte hier eine Aufwendung für seine mehrstündige Müheleistung mit der Begründung verweigern, daß es sich für ihn ja nicht um eine gewerbsmäßige Arbeit handelt, sicherlich ein unbilliges Ergebnis. Ein Grund für diese Einschränkung läßt sich wohl auch kaum finden; die meisten Schriftsteller führen nur das Ergebnis an, ohne nach tieferen Gründen zu suchen: wo dies aber geschieht, arbeitet man mit dem zweiten rechtlichen Gesichtspunkt: Ersatz für entgangenen Gewinn (z. B. Recht 21, Nr. 1615) und von einem entgangenen Gewinn kann man allerdings nur bei berufsmäßiger Arbeit sprechen. Andere versuchen ihre einschränkende Ansicht mit § 1835 Abs. 2 zu begründen; denn „kraft besonderer Verfügung" (Lotmar), „kraft gesetzlicher Fiktion" (Petrazycki II, 362) fallen hier nur berufs- und ge-

werbsmäßige Dienste unter die zu ersetzenden Aufwendungen; und daraus folgert die herrschende Lehre, m.E. unrichtig, wie schon gezeigt wurde, durch Analogieschluß, daß auch sonst im BGB. der Gesetzgeber nur für Aufwendungen in dieser Beschränkung einen Ersatz gewährt wissen wollte. Wir kommen somit zum Ergebnis, daß grundsätzlich unbeschränkt, geleistete Arbeit unter die zu ersetzenden Aufwendungen fällt; aber eine kleine Ausnahme davon müssen auch wir machen; m. E. nämlich hat die obengenannte Seuffert-Entscheidung 46 S. 186 richtig entschieden, wenn sie nur für solche Arbeitsleistungen einen Ersatzanspruch gewährte," die nach den Anschauungen des Verkehrslebens nur entgeltlich geleistet werden."[115] Denn warum sollte für Leistungen, die im sonstigen menschlichen Leben unentgeltlich vorgenommen werden, die also reine Gefälligkeitshandlungen sind, nur deshalb Ersatz verlangt werden können, weil sie auftragslos ausgeführt werden? Entgeltlichkeit der geleisteten Dienste ist aber m. E. sicherlich überall dort vorhanden, wo die herrschende Lehre von berufs- oder gewerbsmäßiger Arbeit spricht, und insoweit können wir also, wenn auch mit anderer Begründung mit der herrschenden Lehre übereinstimmen; wir gehen aber noch weiter, indem wir auch für solche Dienstleistungen, die von der herrschenden Lehre nicht entgolten werden, dann dem Geschäftsführer einen Ersatzanspruch gewähren, wenn es sich um entgeltliche Dienste handelt. Oft wird aber allerdings dort, wo es sich um keine berufsmäßige Arbeit handelt, beim g. ein animus donandi vorliegen, sodaß er gar keinen Aufwendungsersatz beanspruchen will. Nachdem wir also somit bereits mit der ersten der beiden oben angeführten rechtlichen Konstruktionen ein befriedigendes Ergebnis gefunden haben, brauchen wir nicht näher darauf einzugehen, wie weit unter dem zweiten Gesichtspunkt des lucrum cessans sich eine ähnliche Lösung ergeben würde. Es versteht sich von selbst, daß ein lucrum cessans nur in seltenen Fällen unter den Aufwendungsbegriff zu subsumieren ist, cf. § 252; man müßte es höchstens mit Staudinger § 670 so formulieren: daß in gewissen Fällen ein bestimmter Zeitabschnitt einem bestimmten Äquivalent in Geld völlig gleichsteht; hier

[115] *Zu ähnlichen Ergebnissen kommen: Endemann II, § 178; Crome § 255; Dernburg § 302; Kohler a. a. O. II S. 452; Windscheid-Kipp, S. 924; wohl auch Planck zu § 670; vgl. ferner Heck, S. 359, der sagt: „Die Leistungen von Diensten, die grundsätzlich entgolten werden, sind als Aufwendungen zu betrachten.*

käme man allerdings dann auf die oben von uns abgelehnte Einschränkung des Ersatzanspruches auf berufs- und gewerbsmäßige Dienste, hinaus. (So z.B. Staudinger und Oertmann zu § 670). Was schließlich noch den Umfang der zu ersetzenden Aufwendungen betrifft, so sagt dazu OLG. 14, S. 22 „es muß der taxmäßige Anspruch entrichtet werden"; eine solche allgemeine Regel aufzustellen, halten wir aber für verfehlt; man vergleiche nur den Fall, wo ein berühmter Chirurg sich eines Bewußtlosen annimmt, der in einem Fall Generaldirektor einer großen A.-G. — hier wird man dem Chirurgen wohl ohne weiteres ein sehr hohes Honorar zubilligen müssen —, in dem andern Fall dagegen ein vermögensloser, erwerbsloser Arbeiter ist. Man wird hier daher am besten wieder auf „Interesse und Willen" — die beiden Erfordernisse, wie wir sie in § 683 kennengelernt haben — verweisen können, unter Beachtung der besonderen Verhältnisse des Einzelfalles, um ein billiges Ergebnis zu erhalten.

§ 16.

k) Ersatz für erlittene Schäden.

Das zweite Spezialproblem, das sich an den Aufwendungsbegriff anschließt, lautet: Fallen auch Schäden, die der G.F. bei der Gestion erleidet, unter den Aufwendungsbegriff? In dieser Frage ist die Literatur[116] nicht ganz einwandfrei, da sich hier Verwechslungen von „Schaden" und „Aufwendung", von „Schadensersatz" und „Aufwendungsersatz finden. Wenn diese Begriffe zwar auch das gemeinsam haben, daß sie den Ausgleich eines erlittenen Vermögensnachteils bezwecken, so unterscheiden sie sich doch wesentlich dadurch, daß „Schaden ein Vermögensnachteil ist, den jemand ohne sein Zutun und gegen seinen Willen erlitten hat," während Aufwendungsersatz nur verlangt werden kann „für einen Nachteil, den man sich freiwillig im fremden Interesse zugefügt hat; (cf. Tuhr, S. 34, Jsay S. 148 ff.) Auch das Gesetz hat diesen Unterschied aufgenommen, wie die verschiedene rechtliche Behandlung des Schadens- und Aufwendungsersatzes zeigt. Der Schadensersatzanspruch umfaßt nämlich die Differenz in der gesamten Vermögenslage des Beauftragten, wie sie sich vor und nach dem Schadensereignis darstellt. Der Auf-

[116] *Vgl. Monroy 175; Wächter, A. f. z. Pr. 20, S. 355; Ruhstrat, A. f. z. Pr. 32,* S. *181.*

wendungsersatzanspruch dagegen geht auf das, was der Beauftragte im Rahmen des § 670 wirklich aufgewendet hat und für erforderlich halten durfte. Ein Gegensatz zeigt sich ferner auch darin, daß der Schadensersatzkläger die Höhe seines erlittenen Schadens nicht genau anzugeben braucht (cf. § 287 ZPO.), während der G.F. über die Höhe der gemachten Aufwendungen genau Rechenschaft geben muß. Da unser Gesetzgeber sich im Gegensatz zum C.C., dem ALR. und dem Schweizer Gesetzbuch über dieses Problem des Ersatzes für erlittene Schäden völlig ausschweigt, müssen wir wieder zunächst versuchen, eine geschichtliche Grundlage für die Betrachtung dieser Materie zu bekommen. Allerdings findet sich auch in den unser Institut behandelnden Titeln D. III, 5 und C. 2, 18 keine Andeutung über diese Frage; wohl aber behandeln zwei berühmte Stellen im Mandatsrecht die Frage, ob der Beauftragte Ersatz verlangen kann für die Schäden, die ihm bei Ausführung des Auftrags zustoßen. Während Africanus in D. 47, 2, 61, 5 die Haftung des Auftraggebers grundsätzlich bejaht,[117] verneint Paulus in D. 17, 1, 26, 6 in einem rechtlich völlig gleichgearteten Fall die Haftung des Auftraggebers. Es wurden allerdings die verschiedensten Versuche unternommen, um diese beiden sich einander widersprechenden Stellen in Einklang zu bringen,[118] aber eine herrschende Ansicht hatte sich im gemeinen Recht nicht herausgebildet. Ursprünglich zur Zeit der Glossatoren schloß man sich der Entscheidung des Africanus an, später hielt man die Ansicht von Paulus für die richtige. Im späteren gemeinen Recht nahm man eine vermittelnde Meinung ein, indem man grundsätzlich die Haftung des G.H. bejahte, davon aber einige wichtige Ausnahmen zuließ; so bejaht z. B. Mommsen („Erörterungen aus dem Obl.-Recht", Heft I, S. 58 ff.) die Haftung des Mandanten, weil der Schaden doch im eigentlichen Sinn durch die Erteilung des Auftrags veranlaßt sei; allerdings haftet der Auftraggeber nur dann unbeschränkt, wenn der Beauftragte genau den

---

[117] *Er spricht dabei allerdings von einer culpa des d.; aber es ist wohl kaum zweifelhaft, dass sich hier Africanus einer Fiktion bedient, um mit den gewöhnlichen Haftungsprinzipien des des römischen Rechtes nicht brechen zu müssen; denn man kann doch wohl nicht von einer culpa reden, wenn der Auftraggeber keine Ahnung von der diebischen Gesinnung seines Sklaven haben konnte.*

[118] *cf. die beiden Diss. von Hanau und Kekule; ferner Isay 150; Unger, Jahrb. 33, 320.*

Weg und die Art der Ausführung des Auftrags gewählt hatte, wie sie ihm der Auftraggeber vorgezeichnet hatte, andernfalls haftet der Mandant nur, wenn ihn ein Verschulden trifft. Ähnlich im Ergebnis Unger a.a.O. Bd. 33, S. 329: „Der Mandant hat den aus der Ausführung des Auftrags entstehenden Schaden zu tragen, da er den Nutzen daraus hat". (sog. Utilitaritätsprinzip! siehe dazu Kübler Z. d. Savigny-Stiftung, romanistische Abteilung Bd. 39, S. 16 ff.). Aber auch Unger läßt den Auftraggeber dann haftfrei, wenn es sich um unvorhergesehene, mit der Auftragserteilung inadäquaten Schäden, handelt; ähnlich auch Eisele Arch. f. z. Pr. 84, S. 319.

War man sich somit schon im gemeinen Recht über diese Frage nicht einig, so hätten die Verfasser unseres Gesetzbuches diese Materie endgültig gesetzlich fixieren müssen, um diese Streitfrage aus der Welt zu schaffen. Aber mit der von Brückmann, S. 190 mit Recht „als fadenscheinig" bezeichneten Begründung: „Wegen der Verschiedenheit der in Betracht kommenden Fälle könne eine Entscheidung durch das Gesetz nicht gegeben werden" (M. II. S. 541), wurde eine solche Regelung absichtlich unterlassen, nachdem alle Anträge von Kommissionsmitgliedern in dieser Frage nicht die erforderliche Mehrheit gefunden hatten. Daher auch heute noch keine Einstimmigkeit in diesem Punkte; die drei überhaupt möglichen Ansichten finden wir hier vertreten. Eine Gruppe von Schriftstellern bejaht grundsätzlich die Haftung des Auftraggebers, aber mit verschiedener Begründung; die einen[119] geben dem Beauftragten deshalb einen Ersatzanspruch, weil auch die zufällig erlittenen Schäden unter den Begriff Aufwendungen zu subsumieren seien; sie begründen das ebenso, wie es schon bei den Beratungen des BGB. von einer Seite geschehen war; „der Beauftragte hat gewissermaßen seine Persönlichkeit in den Dienst des Auftraggebers gestellt;" aber wie schon das „gewissermaßen" andeutet, war sich der damalige Antragsteller, der wenig durchschlagenden Begründung wohl selbst bewußt; es wäre eben eine allzu gekünstelte Konstruktion, die in ihrer Allgemeinheit höchst unbillig werden könnte, außerdem aber praktisch kaum zu überwindende Schwierigkeiten zur Folge haben könnte, wenn z. B. der Beauftragte im Augenblick des Schadenseintrittes gleichzeitig für verschiedene Auftraggeber mit verschieden weitgehenden Aufträgen tätig war.

[119] *cf. Brückmann, S. 206; Kohler II, 452; Oertmann zu § 670 (1. Aufl.)*

Höniger, Arch. f. bürgerl. Recht 35, S. 272 ff. gibt wohl zu, daß man zufällig erlittene Schäden nicht allgemein unter den Aufwendungsbegriff einreihen kann, aber er wendet § 670 analog an; m. E. übersieht er aber das Wesen der Analogie, das, wie Dernburg, Band I, § 32 treffend sagt, darin besteht, daß eine für gewisse Rechtsverhältnisse bestimmte Rechtsnorm wegen der Gleichheit des Rechtsgrundes auf verwandte Rechtsverhältnisse angewandt wird. (cf. RG. 24, 50). Andere Schriftsteller[120] arbeiten nur mit § 242 (die Entscheidung müsse Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte ergeben). Stammler bejaht auf Grund des „richtigen Rechts", ganz allgemein die Haftung des Auftraggebers, da der Beauftragte ja allein in seinem Interesse tätig wurde.[121] Er kommt zu diesem Ergebnis, indem er ein Beispiel aus der französischen Rechtssprechung heranzieht.[122]

Dieser Gruppe von Schriftstellern, die grundsätzlich eine Ersatzpflicht bejahen, stehen andere[123] mit dem gerade entgegengesetzten Standpunkt gegenüber. Sie lassen den Auftraggeber nur dann für solche Schäden einstehen, wenn ihn nach allgemeinen Grundsätzen an dem Schadenseintritt ein Verschulden trif t. Einen vermittelnden Standpunkt nimmt besonders Oertmann ein, der zwischen voraussehbaren und unvorhergesehenen Schäden unterscheidet. Bei den ersteren ist der Mandant nur dann allein haftbar, wenn er nur allein die aus der Gestion entspringende Gefahr kannte und sie trotzdem dem Beauftragten verheimlichte; kannte dagegen nur der Beauftragte die Gefahr, so hat er, wenn er trotzdem den Auftrag annahm, sozusagen das Risiko der G.F. freiwillig übernommen und kann daher keinen Ersatzanspruch geltend machen; haben beide die Gefahr gekannt, so soll nach Oe. eine Interessen-

---

[120] *cf. Crome II § 252; Dernburg, Lehrbuch II,* S: *429 ff. Stammler,* S. *339.*

[121] *St. verweist dabei auf den römisch-rechtlichen Satz, in dem das sog. Utilitaritätsprinzip wurzelt: et sit iniquum damnosum quique esse officium suum. (D. 29, 3, 7).*

[122] *Ein Arbeiter beaufsichtigte seine Arbeitskollegen in einem Steinbruch; es löste sich plötzlich ein Stein; der Aufseher kann den bedrohten Arbeiter zwar noch wegreissen, wird aber dabei selbst verletzt; die erste französische Instanz hatte den Auftraggeber haftfrei gelassen, dieses Urteil wurde aber von der zweiten Instanz aufgehoben.*

[123] *So Staudinger und Planck zu § 670; Endemann,* S. *803; Fischer-Henle zu § 670; Matthias, S. 341; Goldmann-Lilienthal, S. 698; Isay,* S. *140 ff.*

abwägung stattfinden. Bei unvorhergesehenen Schäden haftet der Auftraggeber nur dann, wenn sie untrennbarer Bestandteil des Auftrags gewesen sind. Ähnlich läßt auch das RG. den Auftraggeber nur in ganz bestimmten Fällen für Schäden, die der Beauftragte bei der Gestion erlitten hat, haften; cf. RG. 94, S. 169; 98, S. 195.

Wenn wir nun kurz unsere eigene Ansicht darstellen, so werden wir dabei allerdings zu teilweise andern Ergebnissen kommen, was sich besonders aus der verschiedenen Rechtsnatur des Auftrags und der G.o.A. ergibt. Denn wenn auch unser Gesetzgeber in § 683 auf § 670 verweist, so dürfen wir dies doch nur sinngemäß verstehen. So scheidet für die auftragslose G.F. besonders die Frage des Verschuldens des G.H. aus, da ja der d. in aller Regel nichts von der G.F. und somit auch nichts von einem eventl. Schadenseintritt weiß. Dies könnte höchstens dann in Betracht kommen, wenn der G.F. den G.H. nach Beginn der G.F. bereits benachrichtigt hat. Hier kämen dann die allgemeinen Regeln über das Verschulden zur Anwendung (§§ 276 ff.; § 254). Aber abgesehen von diesen Ausnahmefällen kann uns zur Lösung unserer Frage wieder der schon gekennzeichnete Begriff „Aufwendung" dienen. Wir bemerkten ebenfalls schon oben, daß der eingetretene „Schaden" eine unfreiwillige Einbuße von Rechtsgütern, „Aufwendung" dagegen, eine freiwillige Aufopferung von Vermögen darstellt. Dieser Unterschied kann sich aber oft leicht verflüchtigen; es können nämlich mit der Übernahme und der Ausführung der Gestion gewisse Gefahren so unzertrennlich verbunden sein, daß der G.F., wenn er trotzdem Menschenhilfe übt, tatsächlich sozusagen freiwillig sein Vermögen, seine Gesundheit, ja sogar sein Leben aufopfert.[124] Nehmen wir folgendes Beispiel: Jemand wirft sich einem durchgehenden Pferd entgegen, um die Insassen des Wagens zu retten; dabei werden die Kleider des Retters beschädigt und sein Arm von dem wütenden Tier zerbissen; hier hat m. E. der bei dieser Handlungsweise das Bewußtsein, daß er seine Kleider, ja eventl. auch sein Leben gefährdet; hat er dieses Bewußtsein — mag er dabei auch hoffen, vielleicht doch, wie durch ein Wunder, unbeschädigt Menschenhilfe zu leisten — so darf es keinen Unterschied machen, ob er sein Vermögen, oder ob er — wenn auch nur indirekt —

[124] *Aehnlich sagt auch Tuhr, S. 36 f., dass die Aufopferung der Gesundheit ebenfalls eine zu ersetzende Aufwendung sein kann.*

seine Person einer Gefährdung aussetzt. In der Aufopferung der Gesundheit liegt in diesem Fall ebenso die freiwillige Preisgabe eines Gutes wie in der Aufopferung von sonstigen Vermögenswerten, wie z. B. Geld oder Kleidungsstücken. Natürlich braucht der G.F. sich nicht aller einzelnen aus dem gefahrbringenden Unternehmen, eventl. erwachsenden Gefahren bewußt sein; denn sonst wäre ein übernervöser auftragsloser g. rechtlich am besten daran und der G.H. hätte bei einem solchen Helfer schwere Rechtsnachteile in Kauf zu nehmen, was sicherlich dem gesunden Rechtsempfinden widerspräche. Auch wäre es unbillig nur auf dieses tatsächliche rasch vergegenwärtigte Gefahrenbewußtsein abzustellen; denn würde man nur diesen Gesichtspunkt beachten, so würde der G.F., gerade in den wichtigsten Fällen der auftragslosen G.F., wo raschestes Handeln nötig ist, z. B. es gilt die Rettung eines Lebensmüden, der sich ins Wasser gestürzt hat, einen Ersatzanspruch entbehren müssen. In solchen Notlagen also, wo eine Gefahr sozusagen unzertrennlich mit der Gestion verbunden ist (vgl. § 110 HGB.; Gruchot 41/779) oder wo wenigstens adäquater Kausalzusammenhang zwischen Schadenseintritt und Schadensquelle besteht, wo sich also der Schaden ohne weiteres aus dem Wesen der Ausführung ergibt (cf. RG. 96/163; Recht 19 Nr. 1398) spricht wohl eine Lebensvermutung für das Vorliegen eines allgemeinen Gefährdungsbewußtseins; insoweit ist also der eingetretene Schaden, als freiwillige Vermögensaufopferung, als Aufwendung im Sinne des § 670 zu betrachten, wofür der G.F. Ersatz verlangen kann. In allen übrigen Fällen, in denen die eingetretene Schädigung mit dem Wesen der Gestion nichts zu tun hat, wo also der Schaden, den der g. erlitten hat, bei der Ausführung der G.F. ein rein zufälliger, unvorhergesehener ist z. B. er verunglückt infolge eines Eisenbahnunglücks, infolge eines Überfalls,[125] Lawinensturzes (vgl. auch OLG. 36/92) fallen diese erlittenen Schädigungen nicht unter den Aufwendungsbegriff und brauchen somit vom G.H. auch nicht ersetzt zu werden. Dieses Ergebnis entspricht wohl auch der Billigkeit; es würde nämlich gegen

[125] *Anders, wenn die G. F. in einem anrüchigen Unterwelt- oder Hafenviertel einer Weltstadt auszuführen ist. — Zu ähnlichen Ergebnissen kommt auch Brückmann, S. 196 f. „Nur dort, wo der Zufall auf ein inneres Moment der Ausführungshandlung zurückzuführen ist, d. h. wo die Gefahr mit solchen Handlungen gewöhnlich verknüpft ist, fallen diese Schädigungen unter den Aufwendungsbegriff."*

das Wesen unseres Instituts verstoßen, müßte der G.H. auch die unwahrscheinlichsten Schädigungen vertreten. Es ist ja freier Wille vom G.F., ob er Menschenhilfe leisten will. Ringt er sich zu dieem anerkennenswerten Entschluß durch, dann muß er aber — wenigstens bezüglich solcher zufälligen Schädigungen — sich des Pomponius Wortes erinnern: Culpa est immiscere se rei ad se non pertienti (D. 50, 7, 36).

§ 17.

l] Beweislastverteilung und Verjährung des Aufwendungsersatzanspruches.

Abschließend müssen wir nun noch auf zwei Punkte eingehen; wir wollen mit dem Problem der Beweislastverteilung beginnen. Wir haben schon oben kurz darauf hingewiesen und dabei betont, daß das „Interesse" einen Fingerzeig für die Verteilung der Beweislast geben kann. Wir gehen bei dieser Frage wohl am besten von der allgemein anerkannten — wenn auch gesetzlich nicht fixierten — Beweislastregelung aus: Der Kläger hat die Klagtatsachen, den Klaggrund, die Klagvoraussetzung zu beweisen, soweit sie bestritten werden, der Beklagte die Einwendungen, der Kläger die Repliken usw. Zum Klagfundament bei Geltendmachung des Aufwendungsersatzanspruches gehört an sich auch die Darlegung durch den G.F., daß die Übernahme der Gestion dem Interesse und Willen des d. entsprochen hat; (cf. OLG. 22, S. 236). Nun wird es allerdings für den G.F. in der Regel sehr schwer sein zu beweisen, daß er den wirklichen Willen des G. H. erfüllt hat; denn dieser wirkliche Wille kann ja vom d. ganz geheim gehalten werden; es muß daher gewöhnlich genügen, wenn der g. beweist, daß seine Handlung dem Interesse und mutmaßlichen Willen des G.H. entsprochen hat; da dieser mutmaßliche Wille ebenfalls, wie wir oben schon gezeigt haben, oft durch das Interesse beeinflußt wird — denn jeder vernünftige Mensch will eben, wenigstens in aller Regel, das, was seinem Interesse entspricht, — so dürfte es in aller Regel praktisch ausreichen, wenn der G.F. dartut, daß die Übernahme der G.F. dem Interesse des d. entsprach. Warum nun von diesem Grundsatz im Einzelfalle sich Abweichungen ergeben, z. B. der betreffende G.H. ist ein Sonderling (s. die Beispiele oben in § 12), muß der d. beweisen. Ferner hat der G.F. die Beweislast dafür, daß er die Art und Weise der Ausführung

nach den Umständen des Falles für erforderlich halten durfte (§ 670); er wird dafür die ganze Sachlage mit ihren Einzelheiten dem Richter schildern müssen und dieser wird dann nach freiem Ermessen entscheiden, ob bei diesen Verhältnissen dieser G.F. Aufwendungen in diesem Umfang machen durfte. Daß schließlich ‚besonders bei § 685, die Beweislastverteilung eine große Rolle spielt, werden wir unten in § 20 sehen.

Was schließlich die Verjährung des Aufwendungsersatzanspruches betrifft, so finden wir schon in M. II, S. 864 die Lösung des wichtigsten Problemes enthalten: „die actio contraria unterliegt der ordentlichen (30jährigen) Verjährung auch dann, wenn jene darauf gestützt wird, daß der G.F. einen Gläubiger, dessen Anspruch gegen den G.H. der kurzen Verjährung unterliegt, befriedigt hat." Das BGB. enthält darüber keine Sondernorm; doch darf man die Streichung der betreffenden Stelle aus den Entwürfen durch die Redaktoren darauf zurückführen, daß sie diese Lösung für selbstverständlich hielten. Auch daraus, daß der Gesetzgeber in § 683 auf den Auftrag verweist, wird man entnehmen können, daß für den Aufwendungsersatzanspruch die gewöhnliche Verjährung von 30 Jahren gilt. Aber nötig ist immer, daß bereits ein Anspruch zwischen dem d. und einem Dritten besteht, auf den der G.F. irgendwie einwirkt. Auch wenn die ursprüngliche Schuld des G.F. gegenüber dem Dritten der kurzen Verjährung des § 196 unterliegt, so verjährt trotzdem die actio n.g.contraria in 30 Jahren; denn die Ansprüche aus auftragsloser G.F. sind selbstständiger Natur und unterliegen einer selbstständigen Verjährung.[126] Liegt aber im Gegensatz dazu, der G.o.A. ein bereits bestehender Anspruch noch nicht zugrunde, wird durch die Gestion ein Anspruch erst geschaffen, so ist es allerdings möglich, daß die kurzen Verjährungen der §§ 196, 197 auch hier Platz greifen." Also grundsätzlich 30jährige Verjährung, weil für die G.o.A. nichts besonderes gilt, außer wenn erst durch die Gestion eine der kurzen Verjährung unterliegende Schuld begründet wird.[127]

[126] *So auch RG. 69, 429; ferner Staudinger, Ilanck, RGR. K., ebenso OLG. 36, 211; S. Bl. 76, 461 ff.; nur ist hier, wie schon die Motive II. 864 andeuten, immer noch zu prüfen, ob ein ut. gest. vorliegt.*

[127] *Ueber diese Spezialfrage siehe noch Josef, Gruchot, Bd. 42, S. 1 ff.; Gruchot 56, S. 215 ff.; Mantey Bd. 42. S. 345 ff.; Schäfer, ebenda 41, S. 239; Brückmann, S. 185; Schmidt, S, Bl. 1911, 461, RG. 86, S. 96.*

Damit ist der Aufwendungsersatzanspruch in allen seinen Einzelheiten dargestellt. Kurz zurückblickend müssen wir gestehen, daß wir hier ein Glanzstück von Gesetzestechnik vor uns haben; zwar macht die Scheidung von Begriffs- und contraria-Voraussetzungen, von Übernahme und Ausführung, von objektiven und subjektiven Erfordernissen, von „wirklichem und mutmaßlichem" Willen, die Fassung des Gesetzes etwas schwerfällig und undurchsichtig; umsomehr wird aber der Jurist diese Gesetzestechnik bewundern müssen, mit der es den Verfassern unseres BGB. in einzigartiger schöpferischer[128] Weise gelungen ist, durch Verbindung der verschiedensten Prinzipien die Grundfragen der G.o.A., den Interessenkonflikt zwischen G.F. und G.H., in befriedigendster Weise zu regeln.

§ 18.

2. Der Anspruch auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung des G. H. nach § 684 Satz 1.

Im Folgenden wenden wir uns nun der Rechtslage zu, die entsteht, wenn der G.F. die Voraussetzungen des § 683 nicht gewahrt hat. Es greift dann § 684 Satz 1 ein, der als Folge davon festsetzt: „. . . so ist der G.H. verpflichtet dem G.F. alles, was er durch die G.F erlangt, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben". Man findet diese Regelung vielleicht überflüssig. In der Tat, man könnte auch ohne § 684, mit §§ 812 ff. das gleiche Ergebnis bekommen; aber diese Sondervorschrift wurde nur deshalb in den ersten Entwurf aufgenommen, um Zweifel abzuschneiden, die sich aus der Regelung des Kondiktionsanspruches in E. I. ergeben konnten, teils auch, um mit Rücksicht auf einen Teil des geltenden Rechts zum Ausdruck zu bringen, daß dieser Anspruch keiner besonderen Beschränkung unterliegen sollte. Obwohl in der zweiten Kommission die zu Zweifeln Anlaß gebende Fassung der Bereicherungsvorschriften geändert wurde, behielt man doch diese unserem heutigen § 684 Satz 1 entsprechende Vor-

[128] *Denn wenn wir in § 8 gesehen haben, dass auch die Römer schon sich ausführlich mit diesem Problem beschäftigt haben und auch im gemeinen Recht diese Fragen weiter erörtert wurden, so ist diese genaue Scheidung in ein objektives und ein subjektives Erfordernis und besonders, das in § 683 zum Ausdruck gekommene Kumulationsprinzip, eine Neuerung des BGB.*

schrift bei und die Redaktoren strichen sie ebenfalls aus Versehen nicht. Aber trotzdem besteht heute in der Literatur darüber Einstimmigkeit, daß dieser in die Form eines Bereicherungsanspruches gekleidete Geschäftsführungsanspruch[129] den gewöhnlichen Bereicherungsregeln untersteht. Diese Regelung entspricht auch der Billigkeit; denn wenn der G.H. sich weigert dem G.F. seine gemachten Aufwendungen zu ersetzen, soll auch er keine Vorteile aus dieser von ihm zurückgewiesenen Geschäftsführung haben. Es finden somit — vorausgesetzt, daß die zwei Voraussetzungen des § 684 Satz 1 erfüllt sind: positiv, daß das Geschäft eines anderen geführt wurde, negativ, daß die Voraussetzungen des § 683 nicht gewahrt sind — die §§ 812 ff. Anwendung. Natürlich müssen auch die Voraussetzungen der Bereicherung vorliegen; daran fehlt es z. B. wenn der G.F. Aufwendungen auf eine Sache gemacht hat, die der G.H. derelinquiert hatte. Ein Bereicherungsanspruch ist dann nicht gegeben, wenn die Leistung des G.F. nur Mittel zur Durchführung einer unerlaubten Handlung war.[130] Der Bereicherungsanspruch des § 684 ist selbstverständlich nur subsidiär; aber das ändert nichts daran, daß dieser Anspruch selbst dann gegeben ist, wenn der G.F. gegen ein ausdrückliches Verbot des G.H. handelte. Der d. ist auch in diesem Fall verpflichtet die erforderlichen tatsächlichen und rechtlichen Handlungen vorzunehmen (z. B. Zustimmung, Rückübertragung, Auflassung, Rückgabe), damit er keinen Vorteil aus der G.F. behält; eventl. ist auch hier § 818 Abs. 2 und 3 zu beachten. Betreffs des eventuellen Wegnahmerechts siehe § 258 BGB. (M II. 866); für das Zurückbehaltungsrecht des G.H. bezw. des G.F. gilt nichts Besonderes.

II.

§ 19.

Die Bedeutung der Genehmigung für die Ansprüche des auftragslosen Geschäftsführers.

Falls die Übernahme der G.F. den Erfordernissen des § 683 nicht entspricht, hat der G.H. noch die weitere Möglichkeit die § 684 Satz 2 vorsieht:

[129] *Insofern besteht doch ein gewisser theoretischer Unterschied zwischen §§ 812 ff. und 684, da wir es hier mit einem reinen Geschäftsführungsanspruch zu tun haben, bei dem es eigentlich an einer causa nicht fehlt und nur infolge der analogen Rechtslage die §§ 812 ff. zwecks Ergänzung Anwendung finden.*

[130]) *cf. Warn. 1910 Nr. 286; Gruch. 54, 955; vgl. die §§ 817, 853 BGB.*

Er kann die G.F. nämlich genehmigen und damit entsteht dann eine gewöhnliche G.o.A. (praktische Konsequenz davon ist z. B.: in § 123 II. kann nicht mehr von einem Dritten gesprochen werden; ferner ist § 278 nun anwendbar, da der g. Erfüllungsgehilfe des d. infolge der Genehmigung geworden ist). In § 684 Satz 2 ist eben der Gedanke zum Ausdruck gebracht, daß jeder seine Lebensverhältnisse nach freiem Belieben regeln kann; ein Zwang zur Genehmigung besteht also nicht, anders im römischen Recht. Allerdings ist die Genehmigungsmöglichkeit keine Neuschöpfung des BGB. Schon im römischen Recht gab es eine ratihabitio, die unserer heutigen Genehmigung entspricht. Welches die Wirkung dieser R. im römischen Recht war, kann man heute nicht mehr klar entscheiden. Im gemeinen Recht wurden besonders zwei Digestenstellen herangezogen um zu einer Lösung zu kommen. In D. 3, 5, 8 finden wir eine Stelle Scaevolas: „Erit igitur et post ratihabitionem n. gest. actio;" andererseits entscheidet Ulpian in D. 50, 17, 60: „Et si quis ratum habuerit, quod gestum est, obstringitur mandati actione".[131] Ob durch Ratihabition ein Auftrag entsteht war von besonderer Bedeutung deshalb, weil die actio n. g. nicht infamierend wirkte im Gegensatz zur Mandatsklage. Trotz der verschiedenen Ansichten, die diese zwei sich widersprechenden Stellen zuließen,[132] bildete sich schließlich doch eine einheitliche Meinung heraus, indem man die Ansicht Sc. für die richtige hielt, wonach trotz der R. eine n. g. bestehen bleibe.[133] Heute ist diese Streitfrage allerdings bedeutungslos, da die Genehmigung in § 684 den gewöhnlichen Normen der §§ 181 ff. untersteht, also eine einseitige empfangsbedürftige (aber nicht annahmebedürftige), nicht widerrufliche, formlose Willenserklärung ist; dieser einseitige Akt kann die Rechtsnatur der einmal begründeten obl. n. g. nicht

---

[131] *cf. D. 46, 3, 12, 4: rati enim habitio mandato comparatur.*

[132] *Es entstehe durch R. eine elektive Klagekonkurrenz (Cujacius); oder die Absicht des genehmigenden d. soll entscheiden (so Chambon); oder es tritt eine völlige Umwandlung in ein mandatum ein; es entsteht ein zwiespältiges Rechtsverhältnis: der g. hat die Mandatsklage, der d. die a. n g. directa (s. Vangerow, Thibaut, Unterholzner, Sintenis; s. dazu noch Kritz, S. 399; Leist, S. 144 ff.; Köllner, S. 190 ff.).*

[133] S. *Seuffert, Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte; Windscheid a. a. O. S. 924; Dernburg, Karlowa.*

verändern; ein Auftrag würde heute nur durch Annahme entstehen. (§ 662). Auch zeigt die Ausdrucksweise des § 684 „so steht dem G.F. der im § 683 bestimmte Anspruch zu" klar, daß sich an der Natur des bestehenden Rechtsverhältnisses nichts geändert hat. Es werden nur die fehlenden Erfordernisse des § 683 — Interesse und Wille — durch die Genehmigung ersetzt. (M. II. 868). Eventuell kann die Genehmigung, wie sonst im BGB., auch stillschweigend oder konkludent geschehen.[134] Eine solche Auslegung dürfte auch nur der Billigkeit entsprechen; denn wenn der d. die Vorteile aus der G.F. annimmt, muß auch der g. den Aufwendungsersatzanspruch zugebilligt bekommen. Erstreckt sich die Genehmigung auch auf die Ausführung der G.F. als Ganzes — was natürlich Auslegungsfrage ist, aber wohl im Zweifel anzunehmen ist — so ist damit die ganze G.F. zu einer gerechtfertigten nach § 683 geworden. Der g. kann dann, vorausgesetzt, daß auch die Erfordernisse des § 670 vorliegen, seine Aufwendungen in vollem Umfang ersetzt verlangen. Ob eine teilweise Genehmigung möglich ist, sodaß also der g. teilweise nach § 683, teilweise nach § 684 seine Aufwendungen ersetzt bekommt, war auch schon im gemeinen Recht bestritten.[135] Seuffert, der die R. mit allen ihren Einzelfragen am ausführlichsten behandelt, kommt dabei zur Ablehnung einer solchen Teilgenehmigung mit der Begründung: der d. könne die G.F., die ihm als Ganzes angeboten wurde, auch nur als Ganzes annehmen. Diese Ansicht ist aber m.E. nicht für alle Fälle richtig. Sie mag zutreffen bei Rechtsgeschäften, die der G.F. mit Dritten abgeschlossen hat. (Hier ist besonders § 182.I: externe und interne Genehmigungsmöglichkeit, zu beachten); oder bei Geschäftsführungen, die einen ganzen Handlungskomplex umfassen und bei denen es nur auf das Endergebnis ankommt; abgesehen davon aber, ist eine Teilgenehmigung wohl möglich, wenn weder ein berechtigtes Interesse des G.F. oder des Dritten verletzt wird; enthält natürlich die Teilgenehmigung einen Verstoß gegen die guten Sitten, so ist sie nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nichtig.

[134] *Das wird z. B. anzunehmen sein, wenn der G. H. Herausgabe des aus der G. F. Erlangten vom g. fordert oder wenn der G. H. ohne Widerspruch seine Geschäfte durch den g. erledigen lässt. (M. II. 867 ff.); s dazu auch Recht Nr. 14, Nr. 761; Heck, S. 358: Denn die G. F. hat sich in dieser Höhe als förderlich erwiesen.*

[135] *Vgl. besonders Chambon,* S. *50, der grundsätzlich eine Teilgenehmigung zulässt und Zimmermann a. a. O., der in dieser Frage nur auf Treu und Glauben abstellt.*

III.

§ 20.

Die Bedeutung des animus recipiendi und des animus donandi für die Ansprüche des auftragslosen Geschäftsführers.

Die bisher erörterten Ansprüche stehen nun aber dem g. nicht in allen Fällen zu, wie wir aus § 685 entnehmen können; § 685 Abs. I lautet: „Dem G.F. steht ein Anspruch n i c h t zu, wenn er nicht die Absicht hatte, von dem G.H. Ersatz zu verlangen".[136] Auch im römischen Recht finden wir die actio n. g. contraria davon abhängig gemacht, daß der g. animo recipiendi, recuperandi, obligandi, aber nicht animo donandi gehandelt hat.[137] Ein solcher a. d. wurde bei den Römern angenommen, bei Vorliegen von einem Pietätsverhältnis, aber nicht schon bei bloßem animo amico.[138] Auch im gemeinen Recht war der Aufwendungsersatzanspruch des G. F. bei a. d. ausgeschlossen, wobei allerdings bestritten war, ob der a. r. Klagevoraussetzung oder der a. d. eine rechtshindernde Tatsache ist. Auch in der heutigen Literatur ist diese Frage lebhaft umstritten.[139] Wollen wir nun die Stellungsnahme unseres Gesetzes im § 685 kennen lernen, so müssen wir davon ausgehen, daß der g. an sich drei verschiedene Willensrichtungen haben kann: den a. r. (also den Willen Ersatz vom G.H. zu verlangen), den a. d. (den Willen ersatzlos fremde Interessen wahrzunehmen) und eine Willensrichtung, bei der der G.F. an irgendwelche Ersatzansprüche überhaupt nicht denkt, z. B. weil die G.F. zur Abwendung einer dohenden dringenden Gefahr dient. (Indifferente Willenslage). Schon allein wegen dieser sicherlich oft vorhandenen neutralen Willensrichtung ist es nötig, daß der Gesetzgeber den a. r. nicht zur Klagevoraussetzung, sondern den a. d. zu einer peremptorischen Einrede

---

[136] *Selbstverständlich handelt es sich hier nur um die Frage des Ersatzanspruches; für die Verpflichtungen des g. ist es gleichgültig, ob er mit oder ohne a. r. gehandelt hat.*

[137] *vgl. C. 2, 18, 1,11; 12; 15; D. 10, 3, 29 pr. oder D. 3, 5, 26, 1.*

[138] *Die Abgrenzung dürfte allerdings im Einzelfall nicht leicht sein: „Haec disceptatio in factum constitit (cf. Paulus D. 3, 5, 33.)*

[139] *vgl. die beiden Diss. von Krumm und Beste.*

macht.[140] Ist nämlich in einem Gesetz der a. r. als Klagevoraussetzung statuiert, so kann der g. bei neutraler Willensrichtung keinerlei Ersatzansprüche geltend machen. Um dieses unbillige Ergebnis zu vermeiden, nimmt auch die herrschende Lehre durch Umkehrschluß aus § 685 II an, daß der a. r. nicht Klagevoraussetzung ist, wenngleich Oertmann zu § 685 zugeben muß, daß diese Ansicht daraus nicht zu folgern sei. M. E. läßt sich nun auf einem andern Weg dieses sicherlich begrüßenswerte Ergebnis erreichen: wir müssen allerdings davon ausgehen, daß in § 685 I der a. r. zur Klagevoraussetzung erhoben ist; denn die Fassung: „Dem G.F. steht ein Anspruch nicht zu, wenn er nicht a. r. gehandelt hat;" damit fassen wir kurz zusammen die Worte: „Wenn er nicht die Absicht hatte von dem G.H. Ersatz zu verlangen; — bedeutet nach dem alten Satz: duplex negatio est affirmatio, soviel wie „Dem G.F. steht ein Anspruch nur zu, wenn...; das daraus sich ergebende unbillige Ergebnis, daß der GF. bei indifferenter Willensrichtung keinen Ersatzanspruch hätte, vermeidet aber unser Gesetzgeber geschickt dadurch, daß er eine Beweislastregel aufstellt; an sich müßte nämlich, wie wir schon oben sahen, der Kläger die Klagevoraussetzungen beweisen, der g. also das Voliegen des a. r.; durch Umkehrschluß aus § 685 Abs. II geht aber hervor, daß der Gesetzgeber von dieser Beweislastregel hier eine Ausnahme gemacht hat. Er hat hier m. E. richtig gefühlt, daß in den meisten Fällen der G.o.A eine Vermutung dafür besteht, daß der G.F. nur gegen Ersatz seiner Aufwendungen Menschenhilfe leisten will.[141] Diese in § 685 zum Ausdruck gekommene Lebensvermutung zwingt dann den beklagten d. seinerseits zu beweisen, daß der g. mit a. d. gehandelt hat. Indem wir also genau die materielle Seite von der prozessualen Beweislastverteilung scheiden (im Anschluß an Beste S. 31) gelangen wir zu dem gleichen befriedigenden Ergebnis, wie die herrschende Lehre, ohne aber den klaren Wortlaut des Gesetzes in gezwungener Weise auslegen zu müssen. Würde allerdings ein ehrlicher G.F. ohne

---

[140] *So z. B. § 1353, Sächs. BGB. und wohl auch § 754 E. I, der aber in seiner Fassung von § 685 abwich.*

[141] *Hätte der Gesetzgeber den animus donandi als Regel angesehen, so hätte er sicherlich die Fassung des Absatzes II gewählt oder, um sprachlich abzuwechseln, gesagt, dem G. F. steht ein Anspvuch nicht zu, es sei denn, dass er animo recipiendi gehandelt hat.*

weiteres zugeben, daß er an Ersatzansprüche gar nicht gedacht hat, daß er also eine indifferente Willensrichtung gehabt hat, so würde er nach unseren bisherigen Ausführungen ersatzlos Menschenhilfe geleistet haben; denn die Beweislastverteilung könnte ihm hier nichts helfen. Um hier trotzdem zu einem billigen Ergebnis zu kommen, kann man nur annehmen — was ja auch die Motive erhärten, in denen nur von a. r. oder von a. d. die Rede ist — daß der Gesetzgeber in § 685 diese neutrale Willensrichtung gar nicht regeln wollte; hier würden dann nur die allgemeinen Grundsätze der G.o.A., also die §§ 683 und 685 Abs. II Anwendung finden. Damit sind wir also p r a k t i s c h wenigstens doch zum Ergebnis gekommen, daß der a. r. rechtshindernde Einrede ist. In § 685,II ergibt der Wortlaut klar, daß hier eine Vermutung für das Vorliegen des a. d. ausgesprochen wurde, was ja der hier geführten Gestion ohne weiteres entspricht; durch doppelten Umkehrschluß gelangen wir somit in Abs. II zur regelmäßigen Beweislastverteilung zurück, daß derjenige, gegen den eine Vermutung spricht, diese widerlegen muß, praktisch gesprochen, daß in Abs. II der g. das ausnahmsweise Vorhandensein des a. r. beweisen muß. Bezüglich der Rechtsnatur des a. r. haben wir schon erwähnt, daß es sich hier um einen rechtsgeschäftlichen Willen handelt, was ja an der Natur der G.o.A. als Rechtshandlung im engeren Sinne nichts ändert. Eine Folge dieses rechtsgeschäftlichen Willens ist, daß alle Regeln über Rechtsgeschäfte Anwendung finden; somit kann ein geschäftsunfähiger g. infolge § 105 überhaupt keinen a. d. haben, ein beschränkt geschäftsfähiger nur bei vorheriger oder nachträglicher Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters (§ 107); aber trotz der Nichtigkeit des a. d. braucht die ganze G.F. deshalb nicht nichtig zu sein; denn es ist zweifelhaft, ob § 139 überhaupt auf unser Rechtsinstitut Anwendung findet. Andererseits enthält die G.o.A. in der Regel zugleich auch tatsächliche Einwirkungen auf fremde Rechte und diese können nicht nichtig sein. Auch für die Kundbarmachung des a. r., sowie des a. d. gilt nichts Besonderes. Wenn zwar auch ein rein innerlich gebliebener a.d. rechtlich bedeutungslos ist, so dürfte an die Ersichtlichmachung des a. d. doch nicht ein allzu strenger

---

[142] *Aehnlich auch M. II, 863, wonach bei Prüfung des a. d. alle Begleitumstände berücksichtigt werden müssen und Oertmann zu § 685, wonach der Richter kraft seiner freien Beweiswürdigung schon aus den Umständen des Einzelfalls auf das Vorliegen des a. d. schliessen darf.*

Maßstab angelegt werden.[142] Damit kommen wir praktisch zum gleichen Ergebnis, wie Manigk, der zwischen Willenserklärungen und Willensgeschäften — zu den letzteren rechnet er den a.d. — scheidet, wobei er für Willensgeschäfte jede äußere Perfektion genügen läßt. In der mit a. d. vorgenommenen G.F. kann und wird in der Regel zugleich eine Schenkungsofferte nach § 516 liegen (siehe J. W. 12, 913; Recht 12, Nr. 2826). Ob eine Schenkung zustandegekommen ist, richtet sich darnach, ob die übrigen Voraussetzungen der §§ 516 ff. vorliegen;[143] kommt aus irgendwelchem Grunde die Schenkung nicht zur Entstehung, z. B. es liegt keine Annahme vor, keine Bereicherung, keine Zuwendung aus dem Vermögen des g., kein Schenkungsgegenstand, dann hat der G.F. zwar nicht mehr den Anspruch aus § 683 oder 684, aber wohl m. E. den gewöhnlichen Bereicherungsanspruch des § 516 mit § 812 ff. Zu beachten ist aber in diesem Zusammenhang § 814 BGB.; vgl. dazu D. 12, 6, 32, 2. (Eventuell liegt auch eine bloße Gefälligkeitshandlung vor, die dann rechtlich bedeutungslos ist). Also grundsätzlich ist der Anspruch aus § 812 nicht ausgeschlossen, obwohl der unbeschränkt redende Wortlaut des § 685 Abs. 1 „ein Anspruch" eigentlich dagegen zu sprechen scheint; denn im § 754 E. I. hieß es noch: ist „der Anspruch des § 753" (entspricht heute dem § 683) ausgeschlossen und dafür setzte die Redaktionskommission" ein Anspruch"; aber damit sollte nur eine präzisere Fassung, aber keine Sinnesänderung vorgenommen werden. Unter „ein Anspruch' in § 685 ist eben nur der typische Geschäftsführungsanspruch des § 683 bezw. 684 gemeint. Würde man auch den Anspruch aus § 812 ablehnen, so könnte auf diesem Umweg über G.o.A. jemandem gegen seinen Willen eine Schenkung aufgedrängt werden. (So auch Oertmann zu § 685). Kommt die in der Gestion enthaltene Schenkung zustande, so ist § 530 f. zu beachten. Allerdings bestreitet Sturm überhaupt die Anwendbarkeit des § 530 im Rahmen unseres Instituts; ähnlich auch Prot. IV. S. 190. Aber mit dieser Begründung könnte man eine G.o.A. in § 685 Abs. II überhaupt verneinen. Nur leben beim Widerruf nach § 530 nicht rückwirkend die §§ 683, 684 wieder auf, sondern es greift § 531,II Platz. Beim Widerruf in § 685 II ist aber § 534 noch zu beachten; von selbst versteht es sich aber, daß § 530 f. nur Anwendung findet, wenn in der G.o.A. eine Schenkung

[143] *Hier ist besonders § 516/II zu beachten (Schweigen gilt hier ausnahmsweise im BGB. als Zustimmung.)*

liegt; den § 530 in allen Fällen des § 685 analog anzuwenden, verstieße gegen die Sonderrechtsnatur der §§ 530 ff. Was schließlich speziell § 685,II betrifft[144], so ist bezüglich des Umfangs der Unterhaltsgewährung auf die §§ 1610 ff. zu verweisen. Betreffs der Personen, für die die Vermutung dieses Abs. II gilt, ist zu sagen, daß eine analoge Ausdehnung z. B. auf eine G.F. zwischen Geschwistern oder auf Unterhaltsgewährung des Schwiegersohnes an die Schwiegermutter (Sächs. Arch. Recht 06,313) nicht möglich ist, da solche Spezialnormen grundsätzlich eng auszulegen sind; (anders Sächs. BGB. § 1354; vgl. auch Recht 02 Nr. 1783). Eine gewisse Ausdehnung hat aber § 685,II gegenüber dem gemeinen Recht insofern gefunden, weil hier auch die Unterhaltsgewährung der Großeltern gegenüber ihren Abkömmlingen und umgekehrt genannt ist. Daß Zwischenglieder zwischen den Unterhaltspflichtigen und Unterhaltsberechtigten vorhanden sind, ändert an der Vermutung des § 685,II nichts (Recht 06 Nr. 927; D.J.Z. 06/324). Nur wird man annehmen dürfen, daß die Vermutung, die in § 685/II für das Vorliegen eines a. d. spricht, n u r gegenüber dem Unterhaltsberechtigten, nicht aber gegenüber dem vorzugsweise zum Unterhalt Verpflichteten gilt.[145] Außer den ehelichen Kindern gehören hierher auch die unehelichen im Verhältnis zur Mutter — nicht gegenüber dem Vater (§ 1589) —, ferner Kinder aus nichtigen, anfechtbaren Ehen, soweit sie die Rechtsstellung ehelicher Kinder haben. Den Hauptfall der Unterhaltsgewährung des § 685 II bildet die an volljährige Kinder, an minderjährige nur im Falle der §§ 1602 II 1603 II. Abschließend sei noch auf den anscheinenden Widerspruch der §§ 685 II und 1648 verwiesen; bei kurzer Überlegung zeigt es sich aber, daß diese Paragraphen ganz gut zusammenstimmen; man muß nämlich zwischen den in Betracht kommenden S u b j e k t e n und den Leistungs g e g e n s t ä n d e n unterscheiden; für die betreffenden P e r s o n e n ist § 1648 lex specialis; denn er behandelt speziell das Verhältnis von Vater und Sohn; für den G e g e n s t a n d der Leistung dagegen ist § 685 II die Spezialnorm, da es sich hier nur um U n t e r-

[144] *Eine ähnliche Vermutung findet sich in den §§ 1429 und 1618.*

[145] *Nach unseren obigen Betrachtungen ist es wohl o. w. klar, dass der g. gegenüber dem einen G.H. a. d. handelt, gegenüber dem andern aber a. r. vgl. ferner auch den Spezialfall in Pr. II, S. 735 zu § 754; die Mutter kann darnach zugleich g. ihres unehelichen Kindes sein (insoweit gilt § 685/II) als auch d. ausserehelichen Schwängerers (ins. gilt § 685/I.).*

haltsgewährung handelt, während bei anderen Aufwendungen § 1648 gilt.

IV. Die einzelnen Verpflichtungen des Geschäftsführers ohne Auftrag.

§ 21.

1. Die Sorgfaltspflicht und die eventuell daraus entstehende Schadensersatzverpflichtung.

Wenden wir uns nun zu den Hauptverpflichtungen des G.F.[146] Auch im römischen Recht hatte der g. nicht nur Ansprüche an den d., sondern er hatte auch seinerseits Verpflichtungen gegen den G.H., die dieser mit der actio n. g. directa geltend machen konnte. In unserem Gesetzbuch finden sich die Verpflichtungen des G.F. in den §§ 677, 678, 681 mit 666 bis 668 geregelt. Die Hauptverpflichtung des G.F. besteht in seiner Pflicht die G.F. sorgfältig zu übernehmen und auszuführen. Entsprechend der feinen psychologischen Unterscheidung zwischen Übernahme und Ausführung der G.o.A., wie wir sie in den §§ 683 und 670 erörtert haben, hat der Gesetzgeber nämlich auch hier für die Übernahme der G.F. eine strengere Sorgfaltspflicht aufgestellt wie für die Ausführung; die bei der Übernahme zu wahrende Sorgfalt finden wir in § 678. Hier kann sich der g. überlegen, ob er handeln will und daher hier auch die strenge Voraussetzung, daß die Übernahme der G.F. mit dem Willen[147] des G.H. nicht in Widerspruch stehen dürfe; positiv ausgedrückt heißt das soviel, wie: Die Übernahme muß dem Willen des G.H entsprechen. Ob zugleich auch das Interesse des G.H. gewahrt ist, ist für § 678 belanglos. Praktisch wird ja der d. nur das wollen, was sei-

---

[146] *Infolge der Fassung unseres Themas werden wir diese Verpflichtungen nicht mehr so ausführlich behandeln, wie die Ansprüche des auftragslosen G. F.; eine kürzere Fassung würde sich auch schon daraus ergeben, dass unser Gesetzgeber für die actio n. g. directa nicht im gleichen Masse Spezialvorraussetzungen aufgestellt hat, wie wir sie für den Aufwendungsersatzanspruch in den §§ 683 und 685 kennengelernt haben.*

[147] *Ob der Wille gewahrt ist, muss lebensecht und sinngemäss ausgelegt werden; der Dauerwille, nicht eine momentane Einstellung entscheidet; ein unsittlicher Wille braucht nicht beobachtet zu werden und seine Nichtbeachtung macht auch nicht schadensersatzpflichtig (Selbstmörderbeispiel); umgekehrt kann d. Beachtung eines unsittlichen Willens ersatzpflichtig machen (Morphinistenbeispiel; Heck a. a. O. § 120).*

nem Interesse entspricht; ergibt sich aber im Einzelfall davon eine Ausnahme und handelt der g. trotzdem nur dem objektiven Interesse des G.H. gemäß, dann hat der G.F. seine Sorgfaltspflicht verletzt; anders bei der Ausführung der Gestion; hier können sich unvorhergesehene Schwierigkeiten ergeben, hier ist es leicht möglich, daß der G.H. gerade dieses Geschäft — da er Fachmann ist — geschickter und klüger durchgeführt hätte, als der G.F., der in solchen Geschäften nicht so bewandert ist. Würde ein Gesetzgeber verlangen, daß jede einzelne Ausführungshandlung dem Willen des d. entspräche, so wäre damit die Grundtendenz unseres Instituts verkannt. Mit Recht haben daher die Verfasser unseres Gesetzbuches in § 677 eine sorgfältige Ausführung schon dann angenommen, wenn das Interesse gewahrt ist und nur im Rahmen des zu beachtenden Interesses auch auf den Willen Rücksicht genommen wurde. In gewissen Kollisionsfällen kann der Wille des G.H. sogar ganz unberücksichtigt bleiben.[148] Besteht die Geschäftsführung nur in einer Handlung z. B. im Abschluß eines Rechtsgeschäftes, so geht — praktisch gesprochen — die Ausführung der Gestion in deren Übernahme auf; daraus ergibt sich von selbst, daß für solche G.F. der § 677 eigentlich ausscheidet; die zu wahrende Sorgfaltspflicht besteht also hier in der Verpflichtung, wie sie dem G.F. in § 678 für die Übernahme auferlegt ist. Daß bei dieser einaktigen G.F. in der Übernahme zugleich die Ausführung enthalten ist, ändert daran nichts.

Noch eine andere Frage müssen wir in diesem Zusammenhang kurz streifen; ist der g. berechtigt die einmal begonnene G.F. wieder aufzugeben oder besteht eine Vollendungspflicht für den G.F? Die herrschende Lehre lehnt eine solche Durchführungspflicht heute fast allgemein ab.[149] Allerdings fand sich eine solche Vollendungspflicht in früheren Rechten vielfach normiert; vgl. z. B. C. C. Art. 1372; Preuß. ALR. Art. 257; Sächs. BGB. § 1346; Österr. BGB. 1039. M. E. würde aber eine solche Regelung schon dem Wesen der freiwilligen G.o.A. widersprechen.

---

[148] *Siehe oben Anm. 93; hätte sich die Kollision schon bei der Uebernahme gezeigt, so hätte der hilfreiche g. das Kind gar nicht aufnehmen dürfen; anders allerdings wieder im Fall des § 680.*

[149] *So z. B. Staudinger, Planck, RGR.K. zu § 677; Enneccerus § 386; Endemann § 178; Cosack § 218; Matthias § 138: u. a.; ebenso RG. 63/283. A. A. nur Isay, S. 123/26; Gierke § 216 und Schollmeyer S. 100.*

Wie es im freien Belieben des g. stehen muß, ob er eine Gestion übernehmen will, so muß er auch jederzeit von der G.F. wieder ablassen können. Allerdings besteht davon eine Ausnahme dann, wenn durch das plötzliche Abbrechen der G.F. dem d. ein Schaden erwüchse, der ihm bei völligem Untätigbleiben des G. erspart geblieben wäre (M. II 858 f.). Hier begründet man die Durchführungspflicht hauptsächlich mit § 242 (so Kuhlenbeck J. W. 09, S.121 ff). Nach Treu und Glauben ist der G.F. hier verpflichtet das einmal begonnene Geschäft zu Ende zu führen; m. E. ergibt sich aber in solchen Ausnahmefällen die Vollendungspflicht schon aus der Sorgfaltsverpflichtung, wie wir sie in § 677 erläutert haben.

Verletzt der g. diese Sorgfaltspflicht, so macht er sich schadensersatzpflichtig; auch diese Ersatzverpflichtung ist für Übernahme und Ausführung der Gestion verschieden geregelt. Die Folgen, die sich an eine Verletzung der Sorgfaltspflicht bei der Übernahme knüpfen, finden wir in § 678. Von selbst versteht es sich, daß der G.F. nur dann schadensersatzpflichtig ist, wenn ein Schaden entstanden ist, der im ursächlichen, adäquaten Kausalzusammenhang mit der G.o.A. steht. Weiterhin ist aber in § 678 erfordert, daß der g. erkennen mußte, daß die Übernahme der G.F. mit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des G.H. in Widerspruch steht; dieser Nachsatz „und mußte..." bedeutet so viel wie das „kennen müssen" in § 122/II, also eine Unkenntnis infolge Fahrlässigkeit.[150] Wir verweisen hier, um eine Parallele zu ziehen, nochmals auf das Beispiel des tüftlerischen Bauern, wie es Heck § 120 gibt; der g., der sich des scheinbaren Unkrauts annahm, konnte keinen Ersatzanspruch geltend machen, weil ja § 683 fordert, daß der G.F. dem Interesse und Willen des G.H. positiv entspricht; hier in § 678 sehen wir dagegen, daß ein entschuldbarer Irrtum den G.F. haftfrei macht; hier ist also der Interessenkonflikt zugunsten des g. gelöst. Diese der Billigkeit entsprechende Lösung ist m. E. sehr begrüßenswert; denn wenn der G.F. bei entschuldbarem Irrtum schon keinen Ersatzanspruch hat, so darf er auf der anderen Seite wenigstens nicht schadens-

---

[150] *Also ein objektives und ein subjektives Moment ist in diesem „kennen müssen" enthalten (so auch Zitelmann, S. 153); den Begriff der Fahrlässigkeit können wir aus § 276/II entnehmen (im Zivilrecht ist bekanntlich ein objektiver Durchschnittsmaßstab erforderlich im Gegensatz zum Strafrecht.) Vgl. auch Heck S. 357 (d. Dringlichkeit d. gewahrten Interessen ist zu beachten.).*

ersatzpflichtig sein. Liegt allerdings bei der Übernahme der Gestion ein Verschulden vor, so steht der G.F. für den objektiven Ausgang der G.F. ein, d. h. er ist in solchen Fllen auch für Schäden, die durch Zufall oder vis maior entstehen, haftbar; aber man darf m. E. hier trotzdem nicht von einer Zufallshaftung sprechen, da ja eine solche überhaupt kein Verschulden voraussetzt;[151] aber hier sahen wir, daß das Verschulden bei der Übernahme — eben die Nichtbeachtung des Willens des G.H.-kausal ist für jeden aus der Gestion entstehenden Schaden; diese Ansicht wird m. E. auch noch erhärtet durch den oft mißverstandenen Nachsatz des § 678 „auch dann, wenn ihm ein sonstiges Verschulden nicht zur Last fällt." An sich wäre dieser Nachsatz bei richtiger Auslegung der Worte „und mußte der G.F. dies erkennen" überflüssig; will man aber aus diesem mißglückten Nachsatz doch noch einen Sinn herauslesen, so könnte er nur darin bestehen, daß der Gesetzgeber die Ersatzpflicht des g. in § 678 gesetzlich normieren wollte, ohne Rücksicht darauf, ob im Einzelfall eine unerlaubte Handlung vorliegt.[152] In welchem Umfang der G.F. für ein Verschulden in § 677 einzustehen hat, richtet sich nach den allgemeinen Regeln, also grundsätzlich für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit. Einige Schwierigkeit könnte nur die Frage bereiten, w o r a u f dieser Schadensersatzanspruch, wegen nicht sorgfältiger Ausführung der Gestion — darunter kann nach den obigen Ausführungen auch die Nichtbeendigung der G.F. fallen — zu stützen ist. Oertmann folgert diese Ersatzverpflichtung unmittelbar aus dem Schweigen des Gesetzes und mittels eines Umkehrschlusses zu § 680. Man könnte diesen Schadensersatzanspruch des G.H. auch mit positiver Forderungsverletzung begründen; denn infolge der Übernahme der G.F. hat der G.H. einen Anspruch gegen den G.F. auf sorgfältige Ausführung; darin ist gleichzeitig eine Unterlassungspflicht des Inhalts enthalten, alles das zu unterlassen, was diese Forderung des G.H. verletzen könnte. Die pflichtwidrige Ausführung der Gestion enthält nun aber eine Verletzung dieser Unterlassungspflicht, und damit eine positive Forderungsverletzung.[153] M. E.

---

[151] *cf. Windscheid-Kipp II, § 430; dagegen besonders Staudinger und Cosack § 318; vgl. auch M. II. 858.*

[152] *So Isay 114; Achilles-Greiff zu § 678; Endemann* S. *1123.*

[153] *Nach der h. L. ist das Zuwiderhandeln gegen eine bestehende Unterlassungspflicht einer der Hauptfälle der positivne*

aber bedarf es gar nicht dieses Umweges. Man kann am besten und natürlichsten diese Schadensersatzpflicht aus § 276 selbst herleiten; denn er bezieht sich nicht nur auf die Vertretung der Unmöglichkeit einer Leistung — wie aus seiner Stellung im Gesetze gefolgert werden könnte —, sondern überhaupt auf die vom Schuldner in einem Schuldverhältnis zu vertretende Sorgfalt,[154] gleichgültig ob dieses Schuldverhältnis ein Rechtsgeschäft oder eine Rechtshandlung ist. Allerdings ist die unmittelbare Begründung einer allgemeinen Schadensersatzpflicht mit § 276 nicht unbestritten; besonders Staub betont, daß dieser Paragraph eine unvollständige Rechtsnorm sei und nur eine Definition des zivilrechtlichen „Vertretenmüssens" enthalte, also nur den Rahmen für eine bereits begründete Ersatzpflicht abgebe, aber nie dazu benützt werden dürfe, um damit einen Ersatzanspruch zu begründen. Darauf kann im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden. Wir möchten uns aber im Gegensatz zu Staub der berühmten R.G. Entscheidung 53, S. 20 anschließen (cf. OLG. 36 S. 90). Von selbst versteht es sich schließlich, daß überall dort, wo durch die pflichtwidrige Geschäftsbesorgung zugleich ein Deliktstatbestand verwirklicht ist, der Schadensersatzanspruch sich auch auf die §§ 823/II 823/II, 826 stützen ließe. Über die Beweisverteilung bei Geltendmachung der actio n. g. directa ist nichts Besonderes zu sagen; nach allgemeinen Regeln hat der klagende d. den Schadenseinrtritt und das Verschulden bei der Übernahme zu beweisen; ebenso ist der G.H. beweispflichtig für die schuldhafte Verletzung der Sorgfaltspflicht (in § 677 und 678).

§ 22.

2. Die Anzeige- und Abwartepflicht nach § 681 Satz 1 und die Verpflichtungen aus § 681 Satz 2 zusammen mit den §§ 666—668.

Eine zweite Gruppe von Verpflichtungen des G.F. — die wir ebenfalls nur kurz streifen wollen — enthält § 681. Es sind dies die Anzeige- und Ab-

---

Vertragsverletzung; auf die Begründung der positiven Forderungsverletzung ob mit § 280, mit § 286 oder mit § 280 und 286 oder mit § 276 allein, kann hier nicht näher eingegangen werden.

[154] *So z. B. Staudinger; Crome sagt „der Inhalt der Verpflichtung beschränkt sich meist darauf, dass ein gewisses Mass von Sorgfalt auf die Erfüllung verwandt wird, deren Ausseracht-lassung macht also schadensersatzpflichtig; RG. 52, S. 19: Wollte man diesen Schluss nicht zulassen, so würde der einen allgemeinen Grundsatz aussprechende § 276 erheblich an Bedeutung verlieren.*

wartepflicht, sowie die sich aus der Verweisung in § 681 ergebende Auskunfts-, Rechenschafts-, Herausgabe- und Verzinsungspflicht. Die beiden in § 681 Satz 1 normierten Pflichten würden sich ohne weiteres aus der Sorgfaltspflicht des § 677 ergeben; denn es entspricht eben dem Interesse des d., daß er sobald wie tunlich von der Übernahme der G.F. benachrichtigt und daß — außer bei Gefahr im Verzug — seine Entschließung abgewartet wird. Von selbst versteht es sich auch, daß diese Pflicht nur Bedeutung bei einer mehraktigen Gestion haben kann. Im 1. Entwurf fehlte diese Verpflichtung noch; man nahm sie aber auf, um dem d. Gelegenheit zu persönlichem Eingreifen zu geben (P. II 727). Wann eine Anzeige tunlich ist und wann Gefahr im Verzug ist, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls (siehe RG. 63, S. 285; Recht 18, S. 221). Bei Verletzung der Abwarte- und Anzeigepflicht tritt unter den gewöhnlichen Voraussetzungen eine Schadensersatzpflicht ein. Die Beweislast dafür, daß eine Anzeige tunlich gewesen wäre, hat der G.H.; für die Einwendung des G.F., daß Gefahr im Verzug vorgelegen hat, ist nach den allgemeinen Beweislastregeln, der G.F. beweispflichtig.

Von den drei Verpflichtungen, die § 666 vorsieht: Übermittlung der erforderlichen Nachrichten, Auskunftserteilung, Rechenschaftslegung[155] ist am wichtigsten die Auskunftspflicht, die den Zweck hat dem d. Kenntnis zu geben von der Existenz und dem Umfang seiner etwaigen Ansprüche gegen den G.F., aber nicht wie Jsay fälschlich annimmt, damit der d. die Möglichkeit zum persönlichen Eingreifen bekommt; denn das ermöglicht ja schon die Anzeigepflicht des g. nach § 681. Auskunft- und Rechenschaft geben braucht der g. aber nur auf Verlangen des bereits benachrichtigten G.H., während die Anzeigepflicht des § 681 und die Pflicht, den d. fortlaufend unterrichtet zu halten über den Fortgang der G.F., kraft Gesetzes ohne weiteres eintritt (Gruch. 49/832). Wann und wie der g. diese Verpflichtung des § 666 erfüllen muß, ergibt die Sorgfaltsverpflichtung des § 677. Was zur Auskunftspflicht gehört, richtet sich nach dem Einzelfall; eventl. fällt darunter auch die Benennung des Gegenkontrahenten (J. W. 11, S. 705). Wenn der G.H. Herausgabe des aus der G.F. Erlangten fordert oder wenn er Schadensersatz wegen Nichtherausgabe gel-

---

[155] *cf.* §§ *259 bis 261 BGB.; ferner* § *384/II,* § *407/II HGB. u. a.*

tend macht, muß der G.F. die Gestion aufdecken (L. Z. 16, 1426). Die Rechenschaftslegung ist zwar nicht ganz identisch mit der Rechnungslegung des § 259, wird aber praktisch oft mit ihr zusammenfallen; auch bei vorzeitiger Beendigung muß Rechenschaft gelegt werden.

Von größerer praktischer Bedeutung ist sodann der § 667, der hier analog anzuwenden ist; der G.F. hat darnach alles, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat, herauszugeben[156] — gleichgültig ob er als offener oder verdeckter Stellvertreter gehandelt hat.[157] Die Herausgabepflicht umfaßt auch die gezogenen Früchte, Zinsen, überhaupt alle Nutzungen im Sinn des § 100 (OLG. 22, 236). Herauszugeben ist somit jeder mit der Gestion zusammenhängende Vorteil; denn der G.F. soll ja weder einen Nutzen noch einen Schaden von der G.F. haben. Zu den entsprechenden Herausgabehandlungen ist der G.F. kraft Gesetzes (obligatorisch) verpflichtet z. B. Rückübertragung, Abtretung, Übereignung usw., aber nicht tritt eine cessio ficta ein, wie z. B. in §§ 1381, 1646 BGB.; 392 HGB. Ob der G.F. eine infolge der Gestion erlangte Provision (Rabatt, Trinkgelder, Geschenke) herauszugeben hat, ist bestritten; enthält eine solche Schenkung aber nur eine verschleierte Bestechung (Schmiergelder) oder zielt sie auf einen verbotenen sittenwidrigen Zweck hin, dann besteht selbstverständlich die Herausgabepflicht. (RG. 99, S. 31; Recht 20 Nr. 1875; § 543 HGB.; § 12 Unl. W. Ges.) Einige Schriftsteller bejahen hier unbedingt die Anwendung des § 667[158] und zwar im Interesse völliger Redlichkeit der G.o.A., andere verneinen eine solche Herausgabepflicht unbedingt,[159] indem sie darauf hinweisen, daß der Dritte, der dem d. Geschenke gibt, sie doch nicht im Interesse des d. gibt und daß der Richter solche Verkehrssitten nach § 157 beachten muß; m. E. ist auch hier einer vermittelnden Meinung der Vorzug zu geben, wie sie besonders Planck vertritt; es ist darauf abzustellen, ob der Vorteil a u s der G.F., also im innern Zusammenhang mit ihr erlangt ist, oder ob er nur g e l e g e n t l i c h nur zufällig bei

[156] *Der allgemeine Gesichtspunkt, unter dem diese Vorschrift zu betrachten ist, ist der der o b l i g a t o r i s c h e n Surrogation bei Einzelgegenständen.*

[157] *cf. RG. 54,* S. *76;* S. *106; RG. 58, S. 276;* § *392, II, HGB. gilt hier nicht.*

[158] *So Cosack* § *218; Eck S. 534; Neumann zu* § *667; Dernburg P.* § *373.*

[159] *So Staudinger und Oertmann zu* § *667; Enneccerus* § *386 u. a.; ferner RG. 55,* S. *91; S. A. 55, 170; 63, 230.*

der G.F. gegeben wurde; nur im letzteren Fall kann der G.F. diese Geschenke, wie z. B. allgemein übliche Trinkgelder für sich behalten; ebenso auch das RG. 99, 31.[160] Betreffs der Rückgabepflicht gelten im übrigen die gewöhnlichen Regeln, sodaß z. B. eine vom g. nicht zu vertretende Unmöglichkeit der Herausgabe des Erlangten ihn von dieser Pflicht befreit; eine solche Befreiung liegt aber nicht darin, daß der d. die Genehmigung verweigert. Praktische Bedeutung erhält die Herausgabepflicht erst infolge der schon behandelten Auskunfts- und Rechenschaftspflicht; siehe dazu §§ 259—261 BGB.; 889, 478—84; 888; 902 ZPO. Durch diese Verpflichtung wird der G.H. in die Lage versetzt, seinen Herausgabeanspruch näher zu substantiieren (vgl. ZPO. §§ 254, 287).

Schließlich sei noch kurz auf die Verzinsungspflicht des § 668 hingewiesen (s. auch § 246 BGB., 352 HGB.); von einem Verschulden des g. hängt diese Verpflichtung nicht ab; eventuell kann in diesem Fall vom G.H. ein höherer Schaden geltend gemacht werden (M. II, 540; §§ 249 ff.; 278, 284 ff.) Was die Beweislast betrifft, so muß der G.H. darlegen, daß der g. die herauszugebenden Gelder für sich verwendet hat; daß er selbst die Möglichkeit gehabt hätte, Nutzungen aus dem Geld zu ziehen, ist belanglos; die ratio des § 668 besteht eben gerade darin dem d. diesen schweren Beweis zu ersparen und ihm für alle Fälle den Verzinsungsanspruch zu erhalten.

C. Abschnitt:

Ausnahmen von der regelmäßigen Rechtstellung des Geschäftsführers ohne Auftrag.

§ 23.

1. Infolge des Alters von G. H. und G. F. (§ 682.)

Die erste Ausnahme in der Rechtsstellung des G.F. ergibt zunächst das Alter.[161] Wir wollen zwei Fälle unterscheiden:

a) Der G.H. ist noch nicht vollgeschäftsfähig (siehe darüber die Sonderegelung im römischen Recht

[160] *cf. Recht 23 Nr. 853;* S. *A. 75,* S. *271; RG. 96, S. 55.*

[161] *Eine gewisse Sonderbehandlung findet sich allerdings auch in § 686; aber hier ändert sich an der Rechtsstellung des g. nichts (RG. 92,* S. *132); nur für die Person d. G. H. ist § 686 von Wichtigkeit, wie wir oben schon sahen.*

l. 5 § 2 h. t.; ferner l. 4 § 4 h. t.; l. 5 § 5; l. 36 p. h. t.; l. 2 C. 2; 18). Mit Recht hat daraus die herrschende gemeinrechtliche Lehre z. B. Windscheid § 430, Dernburg P. § 379 gefolgert, daß ein nicht vollgeschäftsfähiger d. überhaupt nur bis zum Betrage der noch vorhandenen Bereicherung hinsichtlich der Aufwendungen belangt werden könne; man begründete diese Ansicht damit, daß ja der puppillus einen tutor habe, dem es allein überlassen bleiben müsse, wann er ein Handeln für den p. für nötig erachte. Wer daher ohne den t. zu fragen für den p. handelt, mischt sich unberufen und ungewollt in die Verhältnisse des d. ein. Von den Verfassern unseres BGB. wurde hierzu anders Stellung genommen. § 756 E. I lautete: auf den dem G.F. nach § 753 zustehenden Anspruch ist die Geschäftsunfähigkeit oder die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des G.H. ohne Einfluß (cf. M. II. 865). Die Redaktionskommission strich diese Bestimmung als selbstverständlich; Pr. II. 729 sagen dazu, daß die im konkreten Fall begründete Deliktshaftung unberührt bleiben soll. Natürlich tritt in den §§ 677, 678, 683 an die Stelle des Willens des Nichtvollgeschäftsfähigen der seines gesetzlichen Vertreters, der ja sehr oft von dem Willen des noch unerfahrenen Vertretenen abweichen wird (cf. M. II, 865); ist kein gesetzlicher Vertreter im Augenblick der Gestion vorhanden, so braucht der g. nur das Interesse des d. zu beachten.

b) Wie gestaltet sich die Rechtslage, wenn der G.F. geschäftsfähig oder beschränkt geschäftsfähig ist? Darüber enthält das BGB. eine Sondernorm in § 682. Da sich bei der n. g. alle Rechte und Pflichten unmittelbar aus dem Gesetz ergeben, also nicht auf dem Willen des g. beruhen, müßte man konsequenterweise annehmen, daß auch die Haftung des nichtvollgeschäftsfähigen g. — da eben die Geschäftsfähigkeit des G.F. ohne Belang zu sein scheint, — gleich sein muß der eines vollgeschäftsfähigen g. Aber aus Billigkeitsrücksichten wurde diese Gleichstellung in § 682 durchbrochen und dem G.F. eine günstigere Rechtsstellung eingeräumt. Näher betrachtet enthält § 682 zwei Sondervorschriften: 1. eine Besonderheit betreffs der Herausgabepflicht; es gilt nicht § 681 mit § 666, sondern § 812 f. (besonders auch § 818); die zweite Besonderheit besteht in einer milderen Haftung; es kommen nicht die strengen §§ 677, 678 zur Anwendung, sondern der g. kann nur auf Schadensersatz belangt werden, wenn die Voraussetzungen der §§ 823 ff. vorliegen (zu beachten sind hier besonders § 826, 827 § 828, I und II,

§ 832). Wie Heck, S. 357 m. E. richtig hervorhebt, ist die sachliche Berechtigung dieser Haftungsmilderung zweifelhaft; bei Rechtsgeschäften braucht man sich nicht auf Verträge einzulassen mit solchen Personen und kann sich dementsprechend schützen; ein solcher Schutz fehlt aber dem G.H., wenn sich z. B. ein minderjähriger Tollpatsch in seine Interessen einmischt. Diese zwei Sonderbestimmungen fallen aber nach der herrschenden Lehre[162] weg, wenn der beschränkt geschäftsfähige g. mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat; denn hier entfällt dann jeder Grund für die Haftungsmilderung. Eine juristisch genaue Begründung dafür, daß die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters für § 682 von Bedeutung ist, finden wir allerdings nur bei Lent, S. 52 ff.; er verweist geschickt auf § 179 II, woraus zu entnehmen ist, daß der Gesetzgeber eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zur Handlung des Vertreters ohne Vertretungsmacht kennt; da sich die Zustimmung nur auf das Innenverhältnis beziehen kann und da ferner kein Unterschied bei diesem Innenverhältnis zu machen ist, je nachdem, ob ein Vertrag oder eine Rechtshandlung vorliegt, so kann man aus § 179 folgern, daß es auch eine Zustimmung zur G.o.A. eines nicht vertretungsberechtigten g. gibt; und da schließlich die Zustimmungsregeln der § 179 ff. sowohl für den Fall der Nichtvertretungsmacht, wie für den der beschränkten Geschäftsfähigkeit gelten, kann man aus § 179 auch analog schließen, daß der Gesetzgeber eine Zustimmung zur auftragslosen G.F. eines beschränkt Geschäftsfähigen kennt.

Keine Besonderheiten ergeben sich aber für die Ansprüche des nichtvollgeschäftsfähigen G.F.: § 682 will ja nur seine Pflichten mildern.

§ 24.

2. Bei Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr (§ 680).

Eine zweite Ausnahme von der regelmäßigen Rechtsstellung des G.F. enthält § 680. Die Haftungsbeschränkung, die § 682 vorsieht, gilt sowohl für die Übernahme wie für die Ausführung der Gestion (Baring, Sächs. Arch. R. Bd. 14, S. 535). Während sich in § 682 die Haftungsmilderung mit der Eigenart der Person des

[162] *siehe Klein, S. 92; ferner Crome § 255; Enneccerus § 386; Kohler b. R. § 165; Oertmann, Staudinger und Planck zu § 682; Klein K.G. Bl. 10/81.*

G.F. rechtfertigt, ist hier der Beweggrund der G.F. für die mildere Haftung — nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit — maßgebend (diese Haftungsmilderung gilt auch für das in der G.F. etwa liegende Delikt (Schmidt „G. K. i. b. R." 213). Es handelt sich nämlich in § 680 um eine G.F., die zur Abwehr einer dem G.H. drohenden dringenden Gefahr dient. Die Aufnahme dieser Bestimmung verrät wieder großes Geschick; denn gerade in diesen Notfällen ist Menschenhilfe am nötigsten, hier ist aber andererseits keine genaue Überlegung und Abwägung vorher möglich, sodaß wohl nur selten Menschenhilfe geübt würde, hätte der Gesetzgeber die gewöhnlichen Haftungsbestimmungen beibehalten. Wann eine „drohende, dringende Gefahr" vorliegt, richtet sich nach dem Einzelfall: eine abstrakte Formel läßt sich dafür nicht aufstellen. Man könnte das „drohend, dringend" für einen Pleonasmus halten; dem ist aber nicht so. Man wollte nämlich nur eine allzu weite Auslegung des Begriffes „drohend" dadurch verhindern, daß man diese Einschränkung mit dem Worte „dringend" machte; „dringend" bedeutet nämlich so viel, wie unmittelbar bevorstehend. Mit Recht nimmt auch die h. L. an, daß eine dringende Vermögensgefahr für den G.H. genügt; denn § 680 spricht nur von einer Gefahr, und diese kann sich sowohl auf die Person als auch auf das Vermögen des G.H. beziehen. Streitig in der Literatur ist aber, ob auch eine Gefahr für nahe Angehörige des G.H. unter § 680 fällt; während Fischer-Henle und Staudinger auf Grund des Wortlautes von § 680 dies verneinen, bejahen die meisten Schriftsteller, m. E. mit Recht, eine analoge Ausdehnung auf nahe Verwandte; denn warum sollte z. B. eine Gefahr für ein Schmuckstück, einen Gebrauchsgegenstand des d. eine Haftungsmilderung eintreten lassen, eine Gefahr für das Leben naher Angehöriger aber nicht? Die gegenteilige Ansicht verkennt m. E. völlig den tieferen Sinn des § 680. Allerdings darf man nicht soweit gehen, wie manche der genannten Autoren, die auch eine Vermögensgefahr naher Angehöriger unter § 680 fallen lassen; das widerspricht wohl der oben skizzierten ratio legis zu § 680. Bemerkenswert an dieser Bestimmung ist noch der Begriff „bezweckt"; wie schon bei jeder gewöhnlichen auftragslosen G.F. ein ut. coeptum genügt, so natürlich auch hier. Über das zu wahrende „Interesse- und Willensmoment" schweigt hier der Gesetzgeber, wohl mit Recht; denn man kann wohl annehmen, daß eine Gefahrabwehr sowohl dem objek-

tiven Nutzen wie auch dem subjektiven Willen des G.H. entspricht. Mit Recht weist schließlich die h. L.[163] darauf hin, daß die drohende dringende Gefahr nicht objektiv vorzuliegen braucht; es genügt, wenn der G.F. bei pflichtmäßiger Prüfung — eine genaue Prüfung würde dem Sinn des § 680 widersprechen, da es sich eben hier um einen Eilfall handelt — das Vorliegen einer Gefahr für den G.H. annimmt.

§ 25.

3. Die Erfüllung gewisser im öffentlichen Interesse liegender Verpflichtungen (§ 679).

Die dritte und letzte abweichende Regelung der Rechte und Pflichten des g. enthält § 679 mit § 683; wir wollen diese Fälle die G.F. gegen den Willen oder ohne Rücksicht auf den Willen des G.H. nennen. § 679 enthält zwei Spezialfälle, in denen der entgegenstehende Wille des G.H. unbeachtlich ist: 1. Wenn ohne die G.F. eine Pflicht des G.H., deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, nicht rechtzeitig erfüllt würde; 2. wenn eine gesetzliche Unterhaltspflicht ohne die G.F. des g. nicht rechtzeitig erfüllt würde. Daraus zieht dann § 683 Satz II nur die Konsequenz für den Ersatzanspruch des G.F. (während es betreffs der Ausführung bei § 670 bleibt, der ja eine ausdrückliche Beachtung des Willens und Interesses des d. nicht verlangt). Um das Wesen dieser beiden Sonderfälle zu ergründen, müssen wir auf die geschichtliche Entwicklung dieser Ausnahmebestimmungen zurückgehen. In dem Streite darüber, ob auch bei Handeln gegen den ausdrücklichen Willen des G.H. eine actio contraria utilis zu geben sei, stehen sich die Ansichten Proculus l. 17, § 4 D. de inst. act.) und Julian gegenüber (l. 24 C. 2, 18; cf. Paulus in l. 40 D. h. t.). Justinian schloß sich in l. 24 C. h. t. Julian an; ein g., der gegen den Willen des d. handle, könne die contraria nicht geltend machen. Davon gab es nur einige Ausnahmen: a) Die actio funeraria in l. 12 § 2 D. de relig.; man verstand darunter die Klage eines G.F., der eine Leiche beerdigt gegen den Willen oder ohne Rücksicht auf den Willen des zunächst Verpflichteten (lex 12 § 4; lex 14 § 1 D. de relig). Der Prätor gab hier diese Klage (die allerdings, wie aus D. 11, 7, 11, 12 hervorgeht, nur subsidiären Charak-

[163] *Siehe z. B. Oertmann und Staudinger zu § 683; Enneccerus § 386; Crome, S. 637.*

ter hatte), bei der der G.F. also keine Sorge um seinen Aufwendungsersatz zu haben brauchte, selbst wenn der d. ausdrücklich der Beerdigung widersprach; denn dieser Wille verstieß gegen den favor religionis et funeris und gegen die Pietät gegenüber verstorbenen Angehörigen. b) Eine zweite wichtige Ausnahme finden wir in l. un. § 3 D. 43, 10: wenn der Hauseigentümer es versäumte, die öffentlichen Wege vor seinem Hause in Ordnung zu halten und die auf seinem Gelände unter freiem Himmel liegende Wasserleitung reinzuhalten, so konnte sein Mieter die dafür nötigen Aufwendungen machen und sie sogar vom Mietzins selbständig abziehen. Also in diesen beiden Ausnahmefällen liegt eine Ausschaltung des Einzelwillens mit Rücksicht auf das Allgemeininteresse vor. Praxis und Wissenschaft des gemeinen Rechts bauten diese beiden Ausnahmen durch geschickte Analogien, z. B. auf die Verpflegung einquartierter Truppen, Steuerzahlung, Ausbesserung von Brücken, Vorkehrungen gegen Epidemien, Unterhalt von Verwandten usw., noch weiter aus und gaben schließlich überall dort die actio n. g. contraria, wo es sich um die Wahrung des öffentlichen Interesses handelte (die actio funeraria nahm dagegen an Bedeutung ab; Grund dafür war: § 367, 1, 2 St.G.B. § 159 St.P.O.; Art. 60 P.St.G.B.). Auch anderen Rechten sind solche Ausnahmen nicht unbekannt.[164] Die Grundlage des § 679 bildet § 755 E. I der erst nach verschiedenen Abänderungsanträgen von der Redaktionskommission den jetzigen Wortlaut erhielt; in den beiden Fällen des § 679 ist entscheidend, daß „ein entgegenstehender Wille des G.H." nicht in Betracht kommt. Gedacht ist natürlich hier an einen rechtlich beachtlichen Willen, also nicht z. B. an einen Willen, der gegen § 134, § 138 verstößt. Die ratio legis des § 679 besteht darin, daß hier das vorherrschende Allgemeininteresse das Einzelinteresse zurückdrängt, also „Interesse und Wille" des einzelnen G.H. werden durch das öffentliche Interesse und den öffentlichen Willen ersetzt.

Die beiden Fälle des § 679 haben gemeinsam den Begriff der „Pflicht". Es muß sich um Rechtspflichten handeln, wobei es aber gleichgültig ist, ob diese auf öffentlich-rechtlicher Grundlage beruhen — hier wird allerdings in der Regel öffentliches Interesse vorliegen — z. B. Steuerzahlung (RG.

[164] *Vgl. für das A.L.R. Förster-Eccius II, 472 und dazu A-L. R. I, 13 § 235; ferner Sächs. BGB. § 1355; § 1213 Züricher Gesetzbuch; Zachariä-Crome „Handbuch des franz. Zivilrechts" II, 740.*

82, S. 395); Verpflegung von einquartierten Truppen,[165] oder auf privatrechtlicher Basis, z. B. die Vertragspflicht eines Armeelieferanten (Beispiel vom RGR. K. zu § 679). Nicht genügen bloß sittliche Pflichten, wenngleich deren Abgrenzung von Rechtspflichten nicht immer leicht feststellbar sein wird (RG. 92, S. 197; Recht 18 Nr. 590; L. Z. 18, 1209). So schon Pr. II, 738 mit der Begründung: da sonst alle sittlichen Pflichten auf dem Umweg über § 679 mittelbar erzwingbar würden, was natürlich dem Wesen einer sittlichen Pflicht widerspricht. Außerdem deutet das BGB., wo es sittliche Pflicht meint, dies besonders an, z. B. §§ 534, 814, 1446, 1611, 1804, 2113, 2205, 2330.

Eine interessante Spezialfrage tauchte bei der Erörterung des § 679 in der zweiten Kommission auf: Ob nicht auch die Rettung eines Selbstmörders unter § 679 falle? Allerdings verneinen das die Pr. II, 754 mit der eigenartigen Begründung „es liegt hier nur eine sittliche Pflicht vor, die nur auf eigene Kosten befriedigt werden dürfte; keineswegs sei es aber eine sittliche Pflicht, die Rettung gerade auf Kosten des Lebensmüden zu machen." Windscheid a.a.O. hält diese Entscheidung zwar grundsätzlich für richtig, fügt aber bei: „es gibt aber doch Fälle, in denen das Verbot der G.F. geradezu wider die guten Sitten verstoßen würde, und deshalb nach dem Prinzip des § 138 für unbeachtlich zu erklären sei". Die neuere Literatur hält dieses Ergebnis ebenfalls für begrüßenswert, arbeitet hier aber mit § 105/II[166]; daher sei der entgegenstehende Wille des Selbstmörders rechtlich irrelevant; gewöhnlich wird auch der gerettete Selbstmörder nachträglich froh sein, sein Leben gerettet zu sehen, weshalb man dann eine nachträgliche Genehmigung annehmen könnte. Schließlich wird in solchen Fällen der hilfreiche g. auch oft a. d. gehandelt haben. Abgesehen aber von diesen Konstruktionen, womit man teils den entgegenstehenden Willen des G.H. wegfingiert, teils nachträgliche Genehmigung, teils a. d. annimmt, kann man diese Fälle nicht unter § 679 subsumieren,[167] indem man eine Rechtspflicht zu leben, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, betont. Auch aus dem Wortlaut: eine Pflicht, die nicht rechtzeitig erfüllt werden würde, ergibt sich

[165] *Staudinger, Planck und Oertmann zu § 679; JW. 23 S. 78; Warn. Rechtspr. 22/126; OLG. 12, 272; S. A.61, Nr. 31*

[166] *cf. Planck, Staudinger, Oertmann zu § 679.*

[167] *So auch Eck, S. 537; Brückmann,* S. *157; Brückmann Z. St. W. 24, 676; Behr, G. S. 62,* S. *420.*

ohne weiteres, daß dieser Fall aus § 679 auszuscheiden hat. Wenn aber eine der obigen Konstruktionen zutrifft — und das wird die Regel sein —, so kann der G.F. Ersatz seiner Aufwendungen z. B. seines bei der Rettung zerrissenen Anzuges verlangen und ist selbst haftfrei, wenn er bei der Rettung die Kleider des sich sträubenden Ertrinkenden zerreißt; liegt aber dieser Regelfall nicht vor, dann hat der G.F. keinen Ersatzanspruch und eventuell macht er sich sogar schadensersatzpflichtig (a. An. Heck, S. 357, der hier § 679 analog anwendet, wenn er sagt: „es würde dem Grundgedanken des § 679 widersprechen, den Lebensretter nach § 678 zum lebenslänglichen Unterhalt des Geretteten zu verurteilen").

Die Rechtspflicht, wie sie § 679 vorausetzt, muß aber noch einen ganz bestimmten Inhalt haben; es muß sich entweder um eine Pflicht handeln, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder um die Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht, die der G.H. vernachlässigt. Wann die Erfüllung einer Pflicht im öffentlichen Interesse liegt, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab; „öffentliches Interesse" ist nicht nur staatliches Interesse, sondern auch kommunales, kirchliches, Schulinteresse, kurzum jedes Interesse, an dem die Allgemeinheit interessiert ist. Aber man darf hier nicht zu weit gehen, und jede Pflicht, bei der nur irgend ein öffentliches Interesse, wenn auch nur in geringem Maße vorhanden ist, unter § 679 rechnen, wie es z. B. Isay, S. 138 tut. Es besteht wohl z. B. an dem Streuen auf der Straße, an der Anbringung von Sicherheitsmaßregeln an Häusern, an der Beleuchtung des Hausflures usw. in gewissem Sinn ein öffentliches Interesse; aber m. E. darf man diese Fälle nicht unter § 679 subsumieren; hier wird nämlich ein besonders starkes und dringendes öffentliches Interesse erfordert (Zitelmann a.a.O. S. 114); denn wozu haben wir denn Behörden zur Erzwingung öffentlich gebotener Handlungen, z. B. Polizei- und Finanzbehörden, Gerichtsvollzieher?

Weiterhin ist der Wille des G.H. auch dann unbeachtlich, wenn ohne die G.F. eine gesetzliche Unterhaltspflicht des G.H. nicht rechtzeitig erfüllt würde; ein besonderes öffentliches Interesse wird hier nicht gefordert; doch kommt dieses wohl in dem Wort „gesetzliche' Unterhaltspflicht zum Ausdruck. Der Grund dieser sozial-politischen Bestimmung liegt darin, daß auch die Gesamtheit ein besonderes Interesse an der Gesunderhaltung des einzelnen hat.

Solche gesetzliche Unterhaltspflichten finden sich z. B. in den §§ 1345, 1351, 1360, 1361, 1578 ff.; 1601 ff., 1703; 1708 ff.; 1736 ff.; 1757; 1762; 1766. (Nicht §§ 843, 844 und die entsprechenden Bestimmungen des Haftpflichtgesetzes, obwohl diese Bestimmungen in gewissen Beziehungen den gesetzlichen Unterhaltsverpflichtungen gleichstehen, z. B. 708/6, 850/II Z.P.O.; es liegt hier eben ein Schadensersatzanspruch und kein Unterhaltsanspruch vor; wohl aber ist es möglich, daß hier die erste Alternative des § 679 gegeben ist. Daß es aber auch Fälle gesetzlicher Unterhaltspflicht gibt, in denen eine actio n. g. contraria nicht gewährt wird, geht aus Recht 07 Nr. 3821, OLG. 22/328, Recht 11 Nr. 2535 hervor; ebenso auch nicht dann, wenn der G.F. ein minderjähriges Kind zu unterhalten hat, dem der Unterhaltspflichtige Unterhalt in Natur angeboten hat. Beruht dagegen die Unterhaltsverpflichtung auf Vertrag oder einseitigem Rechtsgeschäft, insbesondere auf einem Altenteilsvertrag oder einem Testament, so kann höchstens der erste Fall von § 679 zur Anwendung kommen.[168] Die Art und Weise der Unterhaltsgewährung soll sich möglichst der anpassen, wie sie der ursprünglich Verpflichtete gewähren hätte sollen; also grundsätzlich Naturalleistung oder Geldrente; doch wird sich davon infolge der persönlichen, familienrechtlichen Beziehungen (z. B. Aufnahme in die Lebensgemeinschaft) eine Ausnahme ergeben können (Recht 11, 1537).

Schließlich weist § 679 noch das Erfordernis auf: Der Wille des d. ist in den genannten Fällen nur dann unbeachtlich, wenn die betreffenden Verpflichtungen ohne das Eingreifen des g. nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt würden; E. I. hatte die weitere Fassung „nicht ordnungsgemäß"; aber wegen der Unklarheit dieses Begriffes wurde die heutige Fassung gewählt. In welchem Zeitpunkt der g. tätig werden darf, ist natürlich Tatfrage; er darf aber nicht vor Fälligkeit der Verpflichtung handeln und braucht andererseits auch nicht den Verzug des Verpflichteten abwarten. Liegen alle diese Voraussetzungen objektiv vor, so haftet der g. bei Schadenseintritt nicht nach § 678 (ein entschuldbarer Irrtum des G.F. kann ihn höchstens von der Ersatzpflicht des § 678 befreien, ihm aber keinen Ersatzanspruch nach § 683 gewähren). Es wird eben angenommen, daß die Übernahme dem Willen des G.H. entsprach, — sein Interesse in dem oben

[168] *So auch die h. L. z. B. Staudinger, Oertmann, Planck, zu § 679; OLG. 7/317.*

dargelegten objektiven Sinn ist ja hier ohne weiteres gewahrt —. Der Aufwendungsersatzanspruch bestimmt sich dann nach § 683 Satz II. Betreffs des Umfangs der zu ersetzenden Aufwendungen muß aber wieder § 670 beachtet werden. Verletzt der G.F. bei der Ausführung seine Sorgfaltspflicht, dann tritt die Schadensersatzpflicht nach § 677 mit § 276 ein.

Abschließend sei noch kurz dazu Stellung genommen, ob auch in § 680 der entgegenstehende Wille des G.H. unbeachtet bleiben darf. § 680 schweigt über diese Frage; in der Regel wird ja die Gestion dem Interesse und Willen des G.H. entsprechen bei Anwendung einer drohenden dringenden Gefahr. Wenn aber einmal ausnahmsweise die Gefahrabwendung seinem Willen nicht entspricht, so kann es zweifelhaft sein, ob der G.F. den Aufwendungsersatzanspruch hat.[169] Die Rechtsähnlichkeit mit § 679 — in beiden Fällen ein allgemeines öffentliches Interesse an der G.F. — muß m. E. den G.F. auch hier günstiger bezüglich seiner Haftpflicht stellen; andernfalls würde die Anwendbarkeit des § 680 in unbilliger Weise eingeschränkt. Für diese Auslegung spricht auch der unbeschränkt redende Wortlaut des § 680; wo das Gesetz den Willen des G.H. beachtet wissen will, wie z. B. in den §§ 677, 678, 683 wird dies ausdrücklich hervorgehoben; schließlich geht auch aus dem „nur" in § 680 hervor, daß nur für diese beiden Schuldgrade gehaftet werden soll. Auch spricht die ausdrückliche Hervorhebung des Willensmomentes in § 679 nicht gegen unsere Ansicht. Denn die verschiedene Fassung des § 679 und § 680 wurde aus inneren Gründen gewählt; in § 679 muß das Interesse gewahrt werden, in § 680 an sich nicht — doch wird hier regelmäßig das Interesse des G.H. gewahrt sein; da in § 679 also nur eines der beiden Momente, nämlich das Willensmoment wegfällt, mußte dies ausdrücklich betont werden; in § 680 können aber, wie schon betont, diese beiden Erfordernisse unberücksichtigt bleiben und daher erübrigt sich eine besondere Betonung des Willensmomentes.

---

[169] *Staudinger, Neumann, Goldmann-Lilienthal, RG. 101, S. 19 schliessen hier § 680 aus und wenden § 678 an: die gegenteilige Ansicht vertreten Oertmann und RGRK. zu § 680; Streber, S. 27 f.; OLG. 36, S. 91.*

Anhang.

§ 26. Die sonstige Bedeutung unseres Instituts im privaten und öffentlichen Recht.

Im Leben kommen oft Fälle vor, in denen jemand im Zusammenhang mit anderen Rechtsverhältnissen und Rechtsvorgängen fremde Interessen wahrnimmt, ohne daß die Voraussetzungen der n. g. erfüllt zu sein brauchen. Man kann hier vielleicht von angewandter Geschäftsführung o.A. sprechen. In gewissen Fällen verweist nämlich das BGB. auf entsprechende Anwendung unseres Instituts z. B. §§ 1959/I, 1978 I III, 1991 419. In anderen Fällen dagegen werden nur einige Vorschriften der G.o.A. entsprechend angewandt; so steht hinsichtlich des Ersatzanspruches seiner sonstigen Aufwendungen einem n. gestor gleich der Verkäufer nach dem Gefahrübergang bis zur Übergabe der Sache (§ 450/I), der Mieter, der Pächter, der Entleiher, soweit es sich um Aufwendungen handelt, die nicht notwendig waren (§§ 547 II, 538, 581, 592, 601/II;) der herausgabepflichtige Besitzer nach Eintritt der Bösgläubigkeit oder Rechtshängigkeit (§§ 994/II, 1007/III); ferner der Nießbraucher, soweit er nicht verpflichtet ist Aufwendungen zu machen (§ 1049/II); der Pfandgläubiger betreffs Verwendungen auf die Pfandsache (§ 1216 S. 1); der Vorerbe, soweit die Verwendungen nicht zur Erhaltung der Erbschaft gemacht sind § 2125; auch bei Auftrag (§ 670), Verwahrung (§ 693), beim ehemännlichen und elterlichen Verwaltungsrecht (§§ 1390, 1648) finden betreffs der sonstigen Aufwendungen die Regeln der G.o.A. entsprechende Anwendung. Diese vielen Verweisungen auf unser Institut im BGB. zeigen somit klar die große Bedeutung der G.o.A. Es versteht sich von selbst, daß die n. g. auch im sonstigen Privatrecht, z. B. Handelsrecht, Wechselrecht, Arbeitsrecht angewandt werden kann, weil es sich hier eben um allgemeingültige Sätze handelt.[170]

[170] *Sonderfälle der Geschäftsführung sind der Sachfund, der im Sachenrecht behandelt wird und die Bergung in Seenot, für die im Seerecht Sondernormen aufgestellt sind. S. ferner §§ 89 130 Z.P.O.*

Aber auch im öffentlichen Recht erkennt man heute immer mehr, welch große Bedeutung die G.o.A. hat. Ich verweise hier nur kurz auf das Strafrecht; denn gerade in der neuesten Zeit haben sich hier so manche Lücken gezeigt, die eventuell unter dem Gesichtspunkt der G.o.A. gelöst werden können; bahnbrechend wirkte hier eine Abhandlung von Zitelmann (Arch.f.z.Pr. 99. S. 1 ff.), wo dieser die Frage behandelt, ob durch G.o.A. in gewissen Fällen die Widerrechtlichkeit ausgeschlossen werden kann; S. 104 kommt er zu folgendem Ergebnis: Die objektive Rechtswidrigkeit eines Eingriffs in fremde Rechtsgüter ist ausgeschlossen, soweit der G.F. in den Grenzen des § 677 BGB. handelt. Wir haben oben schon kurz den Interessenkonflikt angedeutet, der in unserem Institut liegt; man kann wohl mit Z. aus der Regelung unserer ganzen Materie (vgl. §§ 679, 680, 682, 684) den Schluß ziehen, daß unser Gesetzgeber diese Fragen sozialer Interessenwertung in dem Sinn gelöst hat, daß er die Menschenhilfe fördern, zum mindesten nicht hemmen will; ferner ist zu beachten, daß der G.F. sogar zur Fortführung, zur Vollendung der Geschäftsführung in gewissen Fällen verpflichtet sein kann, daß er, wenn die Voraussetzungen des § 683 vorliegen, sogar Ersatzansprüche hat — und trotzdem soll eine solche Handlungsweise (wir nennen sie im Anschluß an Lent gerechtfertigte, nützliche G.o.A.) widerrechtlich sein? Mit Recht sagt Lent: D. Begriff d. auftr. G.F., S. 182: „Die gesamte Regelung der Geschäftsbesorgung entspricht nicht der Vorstellung, daß unerlaubtes Handeln vorliegt" (vgl. Lent Ges. Konkurrenz S. 295). Also aus dieser ganzen Regelung können wir folgern, daß die gerechtfertigte auftragslose Geschäftsführung nicht widerrechtlich sein kann, andernfalls wäre ja unser Gesetzgeber in hohem Maße inkonsequent gewesen; Planck bestreitet die Aufstellung eines solchen allgemeinen Prinzips in § 677. Er betont, die Verfasser unseres Gesetzbuches wollten im 11. Titel nur die Rechtsstellung des G.F. und des G.H. regeln, aber keinen neuen Unrechtsausschließungsgrund normieren. Hätte der Gesetzgeber dies gewollt, so wäre nicht einzusehen, warum er dies nicht in einer besonderen Rechtsnorm (analog dem § 904) ausgesprochen hat. Ferner weist Z. auf § 677 und § 678 in seiner Beweisführung hin; nur im Fall des § 678 sei der g. ersatzpflichtig; daraus könne man durch arg. e contr. folgern, daß dann, wenn die Übernahme der Gestion dem Willen und Interesse des d. entspricht, der G.F. nicht schadensersatzpflichtig ist, wenigstens

nicht nach den Regeln der G.o.A.; es gehe daher in einem solchen Fall nicht an, daß der g. nach Deliktsrecht schadensersatzpflichtig sei; andernfalls wäre ja die ausdrückliche Betonung einer Ersatzpflicht in § 678 unnötig. Auch dieses Argument läßt Planck nicht gelten, indem er aus § 678 nur den Umkehrschluß zieht, daß, wenn Wille und Interesse des d. gewahrt sind, eine Schadensersatzpflicht nur nach den allgemeinen Normen eintreten könne. Planck's letzter Einwand: Gegen eine solche gerechtfertigte G.o.A. sei ja keine Notwehr möglich, erledigt sich dadurch, daß in diesem Falle, wo eine nützliche Geschäftsführung vorliegt, eine Notwehr ja gar nicht nötig sei; nur, wenn Interesse und Wille nicht beachtet sind, liegt § 678 vor und hier sei dann auch Notwehr möglich. Des Näheren kann aber auf diese einzelnen Argumente nicht eingegangen werden; es ist dem Verfasser wohl bekannt, daß Planck, Staudinger (allerdings ohne Gründe) und vielleicht auch indirekt das RG. gegen Zitelmann Stellung genommen haben; andere dagegen, wie z. B. Lent S. 294, Oertmann zu § 677, Enneccerus § 451 betrachten im Anschluß an Z. die gerechtfertigte G.o.A. als Unrechtsausschließungsgrund.[171] Wie weit diese beiden Ansichten zu Recht bestehen, kann hier nicht geprüft werden; aber wohl ergibt sich für unsere Abhandlung, daß die Konstruktion der G.o.A. als Widerrechtlichkeitsausschließungsgrund wohl möglich ist. Dies könnte z. B. praktische Bedeutung bekommen für die ärztlichen Eingriffe an bewußtlosen Patienten;[172] bei Transplantation und Transfusion, wenn der, dem Körperteile entnommen werden sollen, darin einwilligt; bei Geburtshilfeoperationen; bei Perforation (nicht aber für Euthanasieverschaffung und Zwangssterilisierung); ferner könnte diese Frage von Wichtigkeit sein bei der Errettung eines Selbstmörders; beim Züchtigungsrecht gegenüber fremden Kindern;[173] eventuell auch wenn ein Arzt seine Schwei-

---

[171] *Ich verweise hier besonders auf die Dissertation von Karp, der diese Fragen eingehend behandelt.*

[172] *S. Flügge „Recht des Arztes", S. 62, 80; Hellwig „Stellung des Arztes", S. 9; Ebermayer in seinem Kommentar S. 11 ff., 598 ff.; Ebermayer: J. W. 29/2219 ff.; Z. St. W. 44/220 ff.; Entwurf 1919 §§ 22, 288, 313; Reichstagsentwurf §§ 254, 263.*

[173] *Vgl. D.J.Z. 05/752; L. Z. 14/601; Recht 16 Nr. 1694. D.J.Z. 16/1180; J.W. 23/310; Seuff. Bl. 13/206.*

gepflicht mit Rücksicht auf höhere Interessen bricht oder wenn jemand den Brief eines andern dessen mutmaßlichen Willen entsprechend öffnet; oder wenn man unbeauftragt eine fremde Sache zerstört, um größeren Schaden abzuwenden. Also lauter Beispiele, wo an sich ein Deliktstatbestand z. B. Körperverletzung, Nötigung, Freiheitsberaubung verwirklicht ist, wo aber die Billigkeit und das Gerechtigkeitsgefühl verlangen, daß hier im Interesse des Handelnden eine andere Entscheidung getroffen wird.[174] Wenn man in allen diesen Fragen auch der etwas kühnen Lösung von Karp nicht zustimmt, so kann vielleicht in dem einen oder anderen dieser Beispiele der Gedanke der auftragslosen Geschäftsführung die bestehenden Lücken ausfüllen; dieser Gesichtspunkt wurde hier aber nicht deshalb gestreift, um dazu Stellung zu nehmen — das würde den Rahmen unserer Arbeit übersteigen —, sondern nur um zu zeigen, daß sich die Bedeutung unseres Instituts im Zivilrecht keineswegs erschöpft.

Schließlich sei noch betont, daß auch auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts in neuerer Zeit öfter auf die Regeln der G.o.A. verwiesen wird. So sagt z. B. Fleiner in seinen Institutionen S. 181: Condictio u. negotiorum gestio sind keine dem Privatrecht eigentümlichen Institute.[175] Nach Fl. kann man hier von einer öffentlich rechtlichen G.o.A. sprechen. W. Jellinek in seinem Verwaltungsrecht S. 119 bestreitet allerdings, daß es eine öffentlich-rechtliche G.o.A. gibt; Fl. sagt dazu: Richtig ist, daß der Fürsorgeverband, der vorläufig einem Hilfsbedürftigen Fürsorge gewährt, Ersatz für die Kosten von dem endgültig verpflichteten Fürsorgeverband verlangen kann. (§ 14 der Verordnung über Fürsorgepflicht von 1924); aber das ändert nichts an der grundsätzlichen Verwendungsmöglichkeit unseres Instituts auch im Verwaltungsrecht. Diese kurzen Hinweise genügen, um zu zeigen, daß

---

[174] *Um diese Unbilligkeit zu vermeiden, wurden ja schon verschiedene Konstruktionen erfunden, z. B. es wurde der Begriff der Einwilligung ausgedehnt; man nahm ein besonderes Berufsrecht an; man arbeitete mit „übergesetzlichem" Notstand oder mit dem Gesichtspunkt: Handeln zum Nutzen eines rechtlich geschützten Gutes oder damit, dass die betreffende Handlung angemessen sei zur Erreichung eines staatlich gebilligten Zweckes.*

[175] *S. Arch. f. öff. R. 9/S. 325 ff.; 489 ff.; Arch. f. b. R. 42/S. 28 ff., 77; v. Gebe: zur Frage der Anwendung der sog. Privatrechtstitel im öffentlichen Recht (Fischer's Zeitschrift 34/269); Arch. f. öff. R. n. F. 11/253; J. W. 28/1024; L. Z. 28/1050.*

die G.o.A. auch im Verwaltungsrecht immer mehr in Erscheinung tritt und hier wohl noch eine große Zukunft hat. Zur Zeit ist allerdings gerade die Anwendung der §§ 677 ff. auf das Verwaltungsrecht noch bestritten, im Gegensatz zu anderen Normen des BGB., die bereits Gemeingut unseres ganzen Rechts geworden sind z. B. §§ 162, 212, 278, 618, 844, 847. Der Standpunkt, den die h. L. hier einnimmt, kommt wohl am besten in dem allgemeinen Satz des RG. in Recht 17 95 zum Ausdruck: „Das bürgerliche Recht bildet gleichsam nur eine willkommene, aber mit großer Vorsicht und unter Auswahl des Geeigneten und Passenden zu benützende Fundgrube oder Anregung für die Auffindung der dem öffentlichen Recht selbst eigenen Grundsätze."

§ 27.

Abgrenzung der G. o. A. von verwandten Rechtsinstituten.

Abschließend seien nun noch einige Fälle genannt, die mit unserem Institut in gewissem Sinne verwandt sind. Zunächst darf mit der G.o.A. nicht die sog. unechte G.o.A. des § 687 verwechselt werden. Wir sahen schon oben bei der Begriffsbestimmung „für einen andern", daß § 687 zwei ganz verschiedene Fälle regelt. § 687/I regelt die sog. irrtümliche, unwissentliche Geschäftsführung; sie liegt z. B. vor, wenn jemand eine Zahlung leistet, um eine angebliche eigene Schuld — die aber in Wirklichkeit gar nicht besteht — zu erfüllen, ohne die Absicht, die Verbindlichkeit eines andern zu tilgen (O.L.G. 34/58). § 687/II regelt die sog. wissentliche, böswillige G.o.A.: In § 687/I finden somit, wie der Wortlaut des Gesetzes ergibt — wir haben oben schon darauf hingewiesen — nicht die §§ 677 ff., sondern die allgemeinen Regeln der §§ 812 ff., 823 Anwendung. (Auch eine eventuelle Genehmigung des G.H. bringt die §§ 677 ff. nicht zur Anwendung RG. 105 S. 92).

Daß auch § 687/II keine eigentliche echte G.o.A. ist, wurde schon oben dargelegt; auch hier fehlt eben ein wesentliches Moment einer echten Gestion, das darin besteht, daß man die Vorteile des Geschäftes dem G.H. zukommen lassen will; der g. handelt hier in eigennütziger Weise nur für sich, obwohl er weiß, daß er eigentlich die Geschäfte eines Dritten führt. „Objektiv fremde Geschäfte werden subjektiv als eigene behandelt", so sagt RG. 70/249.

RG. 100/142 ff. betont: Die Führung fremder Geschäfte ist für den Begriff der G.o.A. nötig; wenn der Beklagte verbotswidrig eigene Geschäfte macht und dabei Rechte der Klägerin verletzt, so wird das Geschäft dadurch noch nicht zu einem solchen der Klägerin.[176] Hier wollen wir nur die praktische Seite des § 687 II noch kurz streifen; wir sahen schon, daß der Gesetzgeber den G.H. hier besonders günstig stellen will, den Scheingestor dagegen so schlecht als möglich wegen seiner eigennützigen Handlungsweise. Der d. hat nämlich die Wahl neben seinen Eigentums-, Bereicherungs- und Deliktsansprüchen den auftragslosen G.F. als echten n. g. zu behandeln und ihn dann nach den § 677 und § 678 zu belangen - während die Rechte des Schein-G.F. möglichst beschränkt sind; der G.H. braucht nämlich nur die Bereicherung herauszugeben (über die mißglückte Fassung von § 687/II letzter Satz s. die Diss. von W. Schmidt, S. 41 ff); vergleiche auch D. 3, 5, 5, 5: „Ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id, quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem. Die Auswahl von Ansprüchen, die dem d. zur Verfügung stehen, hat für ihn einen großen Vorteil, wie z. B. der bekannte Wildererfall[177] (vgl. dazu den Fall, daß ein Hehler gestohlenes Fleisch ankauft und weiterveräußert S. A. 78/33) deutlich zeigt; denn die durch den Wilderer geschädigte Gemeinde würde, wenn sie sich auf § 823 (unter „sonstiges Recht' fällt ja auch das Jagdrecht) oder auf die §§ 812 ff. stützt, sich in einem Beweisnotstand befinden, da sie für den Umfang des Schadens bezw. dafür, was der Beklagte „auf ihre Kosten" erlangt hat, die Beweislast hätte; und wie kann die Gemeinde in diesem Fall überhaupt wissen, wie groß ihr Schaden ist; möglich ist, daß durch das unsachgemäße Jagen ein viel größerer Schaden entstanden ist als die Gemeinde annahm; auch § 287 ZPO. würde dem Beweislastpflichtigen nicht viel helfen; ebenso wird man hier wohl kaum von einer Umkehrung der Beweislast in dem Sinne sprechen können, als ob hier ein schon erbrachter Beweis vorliege. Somit ist für den, dessen Geschäfte geführt worden sind, § 687/II

---

[176] *Recht 21/103; R.G. 70/251; R.G. 84/49; RG. 100/108 ff.* *„Gegenständlich fremde Geschäfte werden persönlich als eigene geführt."*

[177] *S. dazu Josef Recht 22/92 gegenüber Staudinger-Schmidt in Seuff. Bl. 63/269 u. S. Bl. 69/363.*

von größtem Vorteil; denn der Scheingestor hat die Verpflichtungen eines echten G.F., also z. B. die Pflicht zur Rechenschaftslegung, Auskunftspflicht, die Pflicht das Erlangte herauszugeben.[178] Außerdem ist § 687/II für den G.H. von größtem Vorteil, wenn der G.F. vielleicht einen besonders hohen Gewinn bei der Geschäftsführung erzielt hat, den der d. selbst nie erlangt hätte; (Ebbecke Recht 21/101); trotzdem kann der G.H. diesen hohen Gewinn nach den §§ 687 II, 667 herausverlangen; denn „der Gewinn des Beklagten ist aus der Geschäftsführung erlangt, er hat in ihr seinen wirtschaftlichen Grund und gebührt daher dem G.H." (RG. 100/145). Einen weiteren Vorteil bedeutet es für den G.H. in diesem Fall, daß nicht die Deliktsvoraussetzungen z. B. Deliktsfähigkeit vorzuliegen brauchen; ebenso finden nicht die §§ 842 ff., sondern §§ 249 ff. Anwendung; günstig für den d. ist es auch, daß er den g. nach dem strengen § 678 eventuell belangen kann; ferner kommt statt der kurzen Verjährung des § 852 die lange, 30jährige des § 195 zur Anwendung. Eine Erschwerung bedeutet es allerdings, daß bei § 687/II immer Vorsatz nötig ist, während bei § 823 ja bekanntlich jede Fahrlässigkeit genügt und bei § 812 das Verschulden eine Rolle spielt. Das Anwendungsgebiet des § 687 II ist unendlich groß; sowohl bei Verfügungen des Schein G.F. wie bei schuldrechtlichen Verpflichtungen kann diese Bestimmung angewendet werden; ein interessanter Fall ergibt sich hier z. B. wenn bei § 407 der Schuldner, der die Abtretung der gegenüber ihm bestehenden Forderung zwar kennt, trotzdem noch an den Zedenten leistet oder mit ihm ein sonstiges Rechtsgeschäft abschließt, z. B. Stundung, Erlaß; auch hier kann eventuell der Zessionar aus § 687/II gegen den Zedenten vorgehen, da dieser insoweit sein Geschäft geführt hat. Ebenso ist § 687/II bei rein tatsächlichen Handlungen von Wichtigkeit z. B.: Jemand will in meinem Garten Äpfel stehlen; er hat bereits einen der Obstbäume völlig abgeleert; ich komme dazu und kann nun gegen ihn aus § 687/II vorgehen d. h. ihn als meinen auftragslosen G.F. behandeln oder: A hat dem B. Getreide, das noch nicht abgemäht ist, verkauft; da das Getreide ja zunächst rechtlich noch keine eigene Sache ist, ist der abgeschlossene Vertrag zwar auf eine unmögliche Leistung gerichtet; aber hier ist § 308 BGB. zu beachten (behebbare

[178] *cf. R.G. 96/282: Verpflichtung eines durch nichtigen Vertrag Beauftragten zur Auskunftserteilung und Rechenschaftsablage gemäss § 687/II.*

Unmöglichkeit): als B. das Getreide abmähen will, ist es bereits durch den nichtberechtigten C. weggeholt; auch hier kann B. den C. als Scheingestor behandeln und so das Getreide von ihm herausververlangen. Schließlich kann man auch dann von einer wissentlichen G.o.A. sprechen, wenn jemand in die Rechte eines anderen eingreift, die diesem besonders vorbehalten sind z. B. Verwertung eines fremden Patentes, Warenzeichens, Urheberrechts.[179]

Geschäftsführung o.A. regelt aber nur das Innenverhältnis zwischen G.H. und G.F.; im Außenverhältnis d. h., wenn der g. im Rahmen der G.F. mit einem Dritten kontrahiert, kommen nicht die Regeln unseres Instituts zur Anwendung; man muß hier vielmehr im Außenverhältnis folgende zwei Fälle scharf unterscheiden: Kontrahiert der G.F. mit dem Dritten im eigenen Namen, dann tritt der G.H. mit dem Dritten zunächst überhaupt in keinerlei Rechtsbeziehungen. Das Rechtsverhältnis zwischen g. und dem Dritten z. B. ein Kaufvertrag, hat seine gewöhnliche Rechtsnatur, weil das bloße Motiv, das Geschäft für den G.H. zu führen, zunächst rechtlich irrelevant ist; der g. tritt mit dem d. erst dann in Rechtsbeziehungen, wenn der Wille für den G.H. tätig zu werden irgend-wie nach außen hervortritt. (Vgl. oben § 4.) Vorher kann der G.F. so handeln, wie es der Vertrag mit dem Dritten zuläßt, z. B. er kann das Geschäft als eigenes behandeln, kann zurücktreten usw.; erst mit der Kundgabe des a.a.n.g. entsteht die obligatio n. g.; aber diese interne Änderung hat auf das Außenverhältnis zwischen g. und dem Dritten keinerlei Einfluß: höchstens insofern könnte es Bedeutung haben, daß der G.F. bei gerechtfertigter G.o.A., d.h. wenn die Voraussetzungen des § 683 gewahrt sind, Aufwendungsersatz vom G.H. verlangen kann und hier dann eventuell die §§ 256, 257, 267 von Bedeutung sein können. Tritt dagegen der G.F bereits dem Dritten gegenüber als Vertreter des d. auf, so wird, gleichgültig, ob der Dritte die Nichtvertretungsmacht des G.F. kennt — denn in der Regel wird derjenige, der keine Vertretungsmacht hat zugleich auftragsloser G.F. sein — der d. allein Vertragskontrahent des Dritten die Wirksamkeit des Vertrags hängt allerdings, wie § 177/I sagt, von der Genehmigung des d. ab und

[179] *S. RG. 46/14; RG. 70/251; Recht 19/N. 248; u. dagegen RG. 58/321 vgl. auch §§ 61, 113 HGB. cf. Recht 21 S. 100; s. Jh. Jahrbücher 72 S. 2123: „Unechte Solidarität." (Abhandlung von R. Schmidt).*

der G.H. wird diese nur geben, wenn die Voraussetzungen des 683 vom G.F. erfüllt sind. Das Nähere über diese Genehmigung — die nicht mit der obengenannten Ratihabition verwechselt werden darf, praktisch aber infolge des § 182/I mit dieser oft zusammenfallen wird — siehe §§ 177 ff. Solange der G.H. aber noch nicht genehmigt hat, ist er, obwohl er von Anfang an allein Vertragskontrahent des Dritten ist, an den Vertrag nicht gebunden; wohl aber der G.F. und unter Umständen auch der Dritte, „es sei denn, daß er den Mangel der Vertretungsmacht bei dem Abschluß des Vertrags nicht gekannt hat;" hier sind dann beide verpflichtet, den G.H. von dem geschlossenen Vertrag in Kenntnis zu setzen und abzuwarten, ob der G.H. seine Genehmigung gibt oder verweigert; Grund dafür ist, daß die beiden bewußt in eine fremde Rechtssphäre eingegriffen haben und daher können sie nach der ratio legis auch nicht mehr einseitig den Vertrag rückgängig machen. Genehmigt aber der G.H., so ist er nun endgültig allein aus dem Vertrag berechtigt und verpflichtet, gleichsam als ob er selbst in persona mit dem Dritten kontrahiert hätte; diese Genehmigung wird aber vom G.H. natürlich — wie schon erwähnt — nur dann gegeben werden, wenn die G.F. seinem Interesse und seinem Willen entsprochen hat.[180]

Schließlich ist von der G.o.A. auch noch der Vertrag zugunsten eines Dritten oder wie ihn das BGB. §§ 328 ff. nennt: „Versprechen der Leistung an einen Dritten" zu unterscheiden. Bei diesem Institut handelt in der Regel der Versprechensempfänger weder als G.F. noch als Bevollmächtigter des Dritten.[181] Der Versprechensempfänger ist selbst Kontrahent und schließt auch nicht den Vertrag für den Dritten in dem Sinn, daß dieser durch die Genehmigung an die Stelle des Promissars in den Vertrag eintritt; vielmehr bleibt der Versprechensempfänger Kontrahent, auch wenn der Dritte von dem für ihn begründeten Recht Kenntnis er-

---

[180] *Ueber die Haftung des g. bei Nichtgenehmigung des d. s. § 179; über Vertretung ohne Vertretungsmacht bei einseitigen Rechtsgeschäften s. § 180.*

[181] *Allerdings ist, wie Hellwig S. 340 ausführt, eine Kombination von G. o. A. und Vertrag zu Gunsten eines Dritten in dem Sinne wohl möglich, dass der Versprechensempfänger als g. des 3. handelt.*

halten hat und diese Rechtszuwendung angenommen hat und so selbst aus dem Vertrag berechtigt wird. Der wesentliche Unterschied von anderen Verträgen besteht hier nur darin, daß der Versprechensempfänger die Gegenleistung an den Kontrahenten zu bewirken hat und der Vertrag auch bestehen bleibt, wenn der Dritte das Recht nicht annimmt.[182] Mit G.o.A. und Vertretung ohne Vertretungsmacht hat diese Rechtslage also nichts Gemeinsames.

---

[182] *Siehe Hellwig a. a. O. S. 74 f, 223 f, 258 f., 574 f.*

Literaturverzeichnis.

I. Literatur aus dem Bürgerlichen Recht.

1. Kommentare und Lehrbücher:

Achilles-Greiff, 11. Auflage 1923.

Cosack und Mitteis, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 7. Auflage 1922.

Crome, System des Deutschen Rechts, Bd. 2, 1900/1902.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 2, 2. Aufl. 1915.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd. 1927.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 9. Aufl. 1903.

Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 3, Schuldrecht 1917.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Recht, Bd. 1, 2. Aufl. 1903/14.

Heck Grundriß des Schuldrechts 1929.

Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 1904/19.

Kreß, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts 1929.

Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 6. und 7. Aufl. 1914, Bd. 1.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 1924/28.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, Bd. 2, 3. Auflage 1929.

RGR. Kommentar, 6. Aufl. 1928.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, 4. Aufl. 1925.

Soergel (Lindemann) Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 1926.

Siméon-David, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 12. und 13. Aufl. 1924, Bd. 1.

J. v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 9. Aufl. 1929.

v. Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches 1910 1918 (in Bindings Handbuch).

Warneyer, Kommentar zum BGB., Bd. I, 1926.

2. Monographien und größere Aufsätze:

Baring, Aufwendungen, Verwendungen, Einrichtungen und ihr Ersatz (Sächs. Arch. f. d. b. Recht. Bd. 14, S. 459 ff., S. 529 ff., Bd. 15, S. 30 ff. und 133 ff.)

Brückmann. Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag (O. Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilrecht, Bd. 19, S. 1 ff.

Ebbecke, Unechte Geschäftsführung ohne Auftrag, Recht 1921, S. 100 ff.

Ebermayer, Der Arzt im Recht 1930.

Ernst, Das Interesse und der Wille des Geschäftsherrn im § 683 BGB. A. f. z. Praxis, Bd. 86, S. 440, ff.

Hellwig, Verträge und Leistung an Dritte.

Jsay, Die Geschäftsführung nach dem BGB. für das Deutsche Reich, O. Fischers Abhandlungen, Bd. 6, S. 1 ff.

Klein, Die Rechtshandlungen im engeren Sinn. 1910.

Kohler, Menschenhilfe im Privatrecht, dogmatische Jahrbücher, Bd. 25, S. 42 ff.

Lent, Der Begriff der auftragslosen Geschäftsführung 1909.

Leonhard, Schuldrecht (Bindings Handbuch) 1930.

Lotmar, Arbeitsverträge 1902/08.

Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften über Rechtsgeschäfte (Leonhards Studie, Heft 5, 1901.

Derselbe, Willenserklärung und Willensgeschäft 1907.

Partsch, Studien zur neg. gestio, 1. Sitzungsber. der Heidelberger Akademie der Wissenschaften. Philos. hist. Klasse, 1903.

Petrazycki, Die Lehre vom Einkommen, Bd. 1 und 2.

v. Schey, Rechtsnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag (Festschrift für Zitelmann).

Sturm, Die Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag.

Swoboda, Bereicherung, Geschäftsführung ohne Auftrag, versio in rem nach österr. Recht, mit Ausblick auf das deutsche Recht 1919.

Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, A. f. z. Praxis, Bd. 99.

3. Dissertationen:

Beste, § 685, Ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag, Göttingen 1925.

Bodenheim, Die Geschäftsführung ohne Auftrag im internationalen Privatrecht, Greifwald 1908.

Boee, Die Geschäftsführung gegen den Willen des Geschäftsherrn nach dem gemeinen und bürgerlichen Recht, Rostock 1905.

Carl, Der Umfang der Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag auf Ersatz seiner Aufwendungen unter bes. Berücksichtigung der Frage nach dem Ersatz der aufgewendeten Arbeitskraft, Halle 1908.

Gräfenkämper, Die Ansprüche des auftragslosen Geschäftsführers und ihre Voraussetzungen, Heidelberg 1915.

Hanau, Die Voraussetzungen unter welchen nach dem gemeinen Recht der Mandant für einen Schaden haftet., Berlin 1894.

Karp, Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Ausschließungsgrund der Widerrechtlichkeit, Königsberg 1926.

Kleinicke, Die negotiorum gestio im römischen und geltenden deutschen Zivilrecht, Würzburg 1924.

Krumm, Das Verhältnis des § 685, Abs. 1 BGB. zum bisherigen gemeinrechtlichen Zustand. Erlangen 1898.

Lasker, Geschäftsführung ohne Auftrag nach dem BGB., Erlangen 1901.

Levy, Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach dem BGB. unter bes. Berücksichtigung der Stellung des Geschäftsführers, Würzburg 1923.

Moesch, Die Voraussetzungen der Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag gegen den Geschäftsherrn und die Ansprüche desselben. Greifswald 1913.

Stelzner. Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag gegen den Geschäftsherrn nach dem BGB., Straßburg 1901.

Streber, Wille und Interesse des Geschäftsführers ohne Auftrag. Erlangen 1907.

4. Zeitschriften, Entscheidungen und Materialien:

Archiv für bürgerliches Recht.

Archiv für zivilistische Praxis.

Jahrbücher für Dogmatik des römischen und deutschen Privatrechts.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Deutsche Juristen-Zeitung.

Juristische Wochenschrift.

Das Recht.

Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.

Kritische Viertelsjahresschrift für Gesetzgebung und und Rechtswissenschaft.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Rechtssprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Seufferts Archiv der Entscheidungen der Obersten Gerichte.

Warneyer, Rechtssprechung des Reichsgerichts.

E. I. = Der von der 1. Kommission ausgearbeitete 1888 veröffentlichte Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches.

Motive = die 1888 veröffentlichten Motive im E. I.

Protokolle = Protokolle der 2. Kommission (offizielle Bearbeitung), veröffentlicht 1897/99.

II. Sonstige Literatur

Aarons, Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio 1860.

Chambon. Die negotiorum gestio, Leipzig 1848.

Dankwardt, Die negotiorum gestio 1855.

Jhering, Abhandlung aus dem römischen Recht, Bd. 1, 1844.

Köllner, Die Grundsätze der obligatio negotorium gestorum, 1865.

v. Monroy, Die vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensrechte.

Ruhstrat, neg. gest. 1858; dogmat. Jahrb. 1954 ff.; 27. 70 ff., Bd. 4. S. 215 ff.; Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 32, S. 173 ff.; 33, S. 25 ff.; 213 ff.; Bd. 34, S. 59 ff.

Seuffert, Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte.

Sturm, Das neg. utiliter gestum 1878.

Derselbe, Das Grundprinzip der neg. gestio 1882.

v. Tuhr, actio de in rem verso 1895.

Sohm-Wenger, Institutionen des römischen Rechts, 17. Aufl.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. 1906.

Wächter. Beiträge zu der Lehre von der neg. gestio. Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 20.

Wlassak, Zur Geschichte der neg. gestio 1879.

Zimmermann, Echte und unechte neg. gestio 1872.

Derselbe, Die Lehre von der stellvertretenden neg. gestio 1876.

Krüger-Mommsen, Das corpus iuris civilis.

ALR. = Preußisches Allgemeines Landrecht.

CC. = Code civil.

Österreich. allgemein. Bürgerliches Gesetzbuch.

Schweizerisches Obligationsrecht.

III. Abkürzungen

G.o.A. = Geschäftsführung ohne Auftrag.

G.H. = Geschäftsherr.

d. = dominus.

G.F. = Geschäftsführer.

g. = gestor.

a. d. = animus donandi.

a. r. = animus recipiendi.

a. a. n. g. = aliena negotia gerendi.